

Ju 1435





COURS

DE DROIT ROMAIN APPROFONDI,

PAR J. P. MOLITOR.

LES

OBLIGATIONS

EN DROIT ROMAIN,

AVEC

L'INDICATION DES RAPPORTS ENTRE LA LÉGISLATION ROMAINE ET LE DROIT FRANÇAIS,

COURS PROFESSÉ A L'UNIVERSITÉ DE GAND

PAR

J. P. MOLITOR,

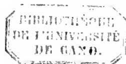
ET PUBLIÉ SUR LES MANUSCRITS DE L'AUTEUR, APRÈS SA MORT.

TOME TROISIÈME.

(Dépôt, Séquestre, *Condictiones*, Contrat de gage, Donations, Loi *Aquilia*, Loi Rhodienne, Extinction des obligations, Obligations solidaires, Cession des créances).

GAND,
L. HEBBELYNCK, IMPRIMEUR ET LITHOGRAPHE, ÉDITEUR,
Rue des Peignes, 6.

1853



LES OBLIGATIONS

EN DROIT ROMAIN.

DU DÉPOT ET DU SÉQUESTRE.

DU DÉPOT.

Sommaire.

812. Définition et forme de ce contrat.
813. Objet essentiel et but du dépôt.
814. Quelquefois le but du dépôt est complexe. — Comment le dépôt se distingue du mandat. — Importance de la distinction en droit français.
815. L'intention principale des parties donne au contrat le caractère de dépôt. — Du dépôt qui *ex post facto* se transforme en *mutuum.*
816. Du dépôt irrégulier. — Rapprochement entre le droit romain et le droit français.
817. Des choses qui sont l'objet du dépôt. — L'immeuble ne peut être l'objet d'un dépôt.
818. Le dépositaire doit veiller avec bonne foi sur le dépôt.
819. Si dans un sinistre il a sauvé ce que lui appartient, sans sauver le dépôt, est-il responsable de la perte? — Controverse.
820. La responsabilité du dépositaire, quant à la faute, ne saurait être restreinte. — Comment alors admettre que la clause par laquelle le déposant renonce à l'action *depositi,* est valable?
821. La responsabilité du dépositaire peut s'étendre jusqu'à la faute légère, en vertu de la convention expresse ou tacite des parties.
822. En quels cas le dépositaire répond-il des cas fortuits?
823. Obligation de restituer. — La restitution se fait *in specie, quandocunque repetenti.*

---

812. Le dépôt est un contrat réel, imparfaitement synallagmatique, qui consiste à livrer une chose afin qu'elle soit gardée gratuitement et restituée à la demande du déposant.

Par sa forme, ce contrat est absolument semblable au commodat, et tout ce que nous avons dit au n° 800, trouve ici son application.

813. Le transport qui se fait de la chose dans le dépôt, n'a pour objet ni la propriété, ni la possession (1), ni l'usage de cette chose.

(1) Il en résulte que l'action en revendication ne serait pas prescrite par cela seul que l'action *depositi* le serait. Comparez ce que nous avons dit au n° 801.

Le dépositaire ne recueille en général aucun avantage du contrat, il reçoit la chose pour exercer un bénéfice, pour y appliquer sa surveillance, pour l'avoir sous sa garde. Nous disons en général, car cette règle souffre exception dans le dépôt dit irrégulier, où le dépositaire peut devenir possesseur et propriétaire des choses déposées (1). D'où il suit que quand nous disons que le dépositaire ne devient ni possesseur ni propriétaire de la chose déposée, nous ne faisons qu'énoncer ce qui arrive ordinairement, nous ne mentionnons pas une condition essentielle du contrat. Il en résulte qu'il n'est pas non plus essentiel au dépôt que la chose soit restituée *in suâ specie*, quoique cela soit exigé en règle générale. La remise, la garde et la surveillance gratuite de la chose, voilà ce qui est essentiel à ce contrat.

814. Cependant l'objet du contrat, ou le but dans lequel on remet une chose à une personne, peut être complexe. Dans ce cas, il faut voir quel est le but principal que les parties ont eu en vue. Ainsi, lorsque je remets des titres à un avocat pour qu'il les fasse valoir à l'appui d'une prétention ou dans la défense d'une cause, il n'y a pas là dépôt, il y a simplement mandat; le but principal est la défense de la cause et l'avocat est tenu envers moi *actione mandati*. La L. 8, D. XVII, 1, exprime cette règle en ces termes : *Uniuscujusque contractûs, initium spectandum et causam;* il faut voir le commencement du contrat, c'est-à-dire, il faut voir l'intention première des parties; or, cette intention première ou principale, était ici qu'il y eût mandat. La L. 1, §§ 12 et 13, D. XVI, 3, fait de cette règle les applications que voici : je vous remets une chose pour que vous la portiez chez mon créancier, et, pour le cas où il ne l'accepterait pas, il est convenu que vous la garderez chez vous jusqu'à disposition ultérieure; le jurisconsulte décide qu'il n'y a dans cette convention qu'un mandat, un mandat *habens et custodiae legem,* c'est-à-dire qui a aussi pour objet la garde de la chose. En effet, le mandat est le but premier et principal, il embrasse tout : porter la chose, puis la garder le cas échéant; or une chose peut être gardée à titre de mandat

(1) Voyez plus loin le n° 816.

comme à titre de dépôt. Pareillement, lorsque je vous charge de recevoir un objet en mon nom et de le garder, il y a encore mandat, par le même motif, dit la même L. 1, § 13, D. XVI, 3.

Mais, dira-t-on, qu'importe qu'il y ait mandat, plutôt que dépôt? — Il y a entre ces deux contrats plusieurs points de différence, que voici :

1° Le mandat se contracte par le seul consentement, le dépôt par la remise de la chose; par conséquent, s'il y avait dépôt dans l'espèce de la L. 1, § 13, il n'y aurait d'obligation qu'à partir de la remise, tandis qu'en réalité comme il y a mandat, il y a obligation à partir de la convention.

2° Les obligations du mandataire diffèrent, quant à la prestation de la faute, de celles du dépositaire.

3° Un mandataire peut exercer le droit de rétention pour ses déboursés, tandis que le dépositaire n'a pas ce droit.

En droit moderne il y a encore d'autres différences qui résultent de la combinaison des art. 406 et 408 du Code pénal et du rapprochement de l'art. 1945 du Code civil avec l'art. 126 du Code de procédure civile. Quiconque a détourné ou dissipé, au préjudice du propriétaire, possesseur ou détenteur, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits portant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de dépôt ou pour un travail salarié, est puni des peines portées par l'art. 406 du Code pénal. En présence de ce texte, on conçoit aisément l'importance qu'il y a, en droit français, à ne pas confondre le dépôt avec quelque autre contrat.

D'autre part, d'après l'art. 1945, le dépositaire infidèle n'est pas admis au bénéfice de la cession; il est donc passible, quelle que soit la valeur de la chose déposée, de la contrainte par corps, tandis que d'après l'art. 126 du Code de procédure, la contrainte par corps n'est généralement prononcée, en matière civile, que pour dommages et intérêts dépassant le chiffre de 300 francs.

815. Si le mandat seul, lorsqu'il est principal, donne son caractère à toute la convention puisqu'alors il s'applique à la garde même, il en est de même du dépôt lorsqu'il est principal. La L. 8, D. XVI, 3, nous en donne un exemple : Je dépose chez

vous ma vaisselle avec permission de vous en servir à une occasion déterminée. Le dépôt demeure ici le but principal du contrat.

Il en serait autrement si le contrat ajouté au dépôt donnait au dépositaire, dès l'instant même du contrat, le droit de consommer la chose, ce qui serait le cas si j'avais déposé de l'argent avec la permission donnée au dépositaire de s'en servir, ou si, ayant déposé de l'argent et le dépositaire m'ayant demandé la permission de s'en servir, je la lui eusse accordée. Au premier cas, le contrat serait transformé en *mutuum*, mais seulement dès le moment où le dépositaire aurait usé de la permission, par le motif que ce serait seulement alors qu'il y aurait accord sur le *mutuum*. Au second cas, il y aurait *mutuum* dès le moment où le dépositaire aurait demandé et en même temps obtenu la permission de s'en servir (1). Dans le premier de ces exemples il y a dépôt et en même temps *mutuum* conditionnel; mais, comme le contrat conserve le caractère de dépôt jusqu'à ce que l'usage ait eu lieu, il s'ensuit que des intérêts auraient pu être stipulés valablement lors du dépôt, soit pour être payés à partir du jour du contrat, soit pour l'être à partir du jour où le dépositaire ferait usage de la chose déposée, car la convention d'intérêts tirerait sa force du contrat de bonne foi, du dépôt auquel elle aurait été ajoutée incontinent. Au second cas, comme au moment du contrat les parties n'ont pas songé au *mutuum*, la clause que le dépositaire paierait des intérêts, ne serait pas possible; elle ne saurait être non plus ajoutée au moment où les parties, sur la demande du dépositaire, transforment le dépôt en *mutuum*, puisqu'alors elle ne serait plus ajoutée au moment du contrat même, elle le serait *ex intervallo*, ou plutôt à la fin du contrat; elle serait ajoutée au *mutuum*, donc elle serait sans valeur. Mais si cette clause avait été conçue dans la forme d'une stipulation, le dépôt serait transformé non pas en *mutuum*, mais en *foenus*.

816. Avec ce dépôt qui, *ex post facto*, par la consommation, par l'usage, c'est-à-dire par un fait incompatible avec la garde de la chose, se transforme en *mutuum*, il ne faut pas confondre le

(1) L. 9, § 9, et L. 10, D. XII, 1; — L. 1, § 34, D. XVI, 3.

dépôt qu'on appelle irrégulier. En règle générale, dans le dépôt c'est la *species* même qui doit être restituée, et la propriété ne se transmet pas au dépositaire. Néanmoins quand il s'agit de sommes d'argent ou de choses fongibles, les parties peuvent convenir que les espèces données ne seront pas restituées, mais que la restitution se fera *tantumdem in genere* (1), et le contrat n'en restera pas moins un dépôt, puisque son but principal est la garde de la chose; la remise est toujours faite au profit du déposant, il peut redemander la chose quand il lui plait, comme s'il s'agissait d'une *species*.

Toutefois, l'analogie avec le *mutuum* est ici frappante; le dépositaire devient propriétaire, et porte les risque et périls de même que l'emprunteur. Mais la différence consiste en ce que le *mutuum* n'est pas susceptible d'intérêts conventionnels, et comme contrat *stricti juris*, n'est pas susceptible non plus d'intérêts moratoires, tandis que le dépôt irrégulier, comme contrat de bonne foi, est susceptible des uns et des autres. Le *mutuum* doit être restitué seulement au terme fixé, et, quand il n'y a pas de terme, dans un délai moral qui ne pourra être refusé à l'emprunteur et qui au besoin sera arbitré par le juge. Le dépôt doit être restitué à la première demande, et si la restitution ne suit pas la demande, les intérêts moratoires courent de plein droit.

Toutes ces différences n'existent pas en droit moderne, où tous les contrats sont *bonae fidei* et où par conséquent on peut, en vertu du *mutuum* comme en vertu du dépôt irrégulier, exiger des intérêts conventionnels ou moratoires. Cependant le dépôt irrégulier y conserve encore un trait distinctif, c'est qu'il peut être redemandé à chaque instant, tandis que la chose prêtée ne peut l'être qu'au terme fixé (2).

817. Toutes les choses mobilières sont susceptibles d'être l'objet d'un dépôt.

Quelques interprètes ont prétendu que les immeubles aussi pouvaient être l'objet du dépôt, et ils ont fondé leur opinion sur l'ana-

(1) L. 24 et L. 25, D. XVI, 3.

(2) Voyez les art. 1899, 1900, 1932, 1888.

logie du commodat (1). Ils n'ont pas contesté que la garde d'un immeuble ne pût faire l'objet du mandat (2); mais ils ont ajouté que le mandat exige toujours une diligence exacte de la part du mandataire, et qu'il importait aux parties de pouvoir se servir d'une forme de contrat où celui qui rend seulement un service, fût moins strictement obligé. Mais, d'abord, aucun texte ne se rapporte au dépôt d'objets immobiliers; en second lieu, les mots *deponere, depositum* s'opposent à l'application de ce contrat aux immeubles; enfin troisièmement, le but qu'on se propose en faisant un dépôt, est également un obstacle à cette application. En effet, pourquoi fait-on un dépôt? parce qu'on veut retrouver la chose chez le dépositaire lorsqu'on en aura besoin; or, un immeuble se retrouve sans qu'il faille à cet effet le remettre à quelqu'un, et les soins d'administration qu'il réclamerait, dépassent les limites du dépôt et constituent mandat. C'est pourquoi, dit Pothier, lorsqu'en partant pour un voyage on confie à un ami les clefs de sa maison, ce dépôt est un dépôt des clefs, mais non pas un dépôt de la maison. Si les clefs ont été données dans l'intention que le voisin visitera de temps en temps la maison, fera les ouvrages d'entretien, il y aura mandat et non pas dépôt (3). Du reste, on peut convenir que le mandataire ne sera tenu que de la faute.

Les meubles peuvent donc seuls être l'objet du dépôt, sans qu'il soit nécessaire que le déposant soit propriétaire de la chose; on peut donner en dépôt la chose d'autrui, on peut déposer la chose qu'on a en dépôt. Seulement, pour que le dépôt soit valable, il faut que la chose n'appartienne pas au dépositaire lui-même (4). C'est pour ce motif que lorsque le dépositaire devient propriétaire de la chose déposée, le contrat cesse à l'instant. Cependant on peut déposer une chose chez le propriétaire, lorsque celui-ci n'en a pas le *jus possidendi* ou n'en a pas l'usufruit; c'est ainsi que l'usufruitier ou le créancier gagiste pourrait valablement déposer la chose chez celui qui en est propriétaire.

(1) L. 1, § 1, D. XIII, 6. — Voyez Hoepfner, *Comment.*, § 779.

(2) Vide Weidlich, *Diss. de custodia rei alienae immobilis, non deposito sed mandato.* Lips. 1732.

(3) Pothier, *Traité du contrat de dépôt*, n° 3. — Comp. Gluck, *Pand.* XV, § 839.

(4) L. 1, § 39; L. 31, et L. 15, D. XVI, 3.

818. Le dépositaire doit garder la chose; s'il s'agit d'esclaves, il doit les nourrir, les entretenir. Mais le dépôt n'étant contracté, en règle générale, que dans l'intérêt du déposant, le dépositaire n'est tenu que du dol et de la faute grave (1).

Si la chose déposée est endommagée, il ne s'agit donc pas de savoir si le dommage aurait pu être détourné par les soins d'un bon père de famille, mais s'il eût pu l'être par les soins que le commun des hommes n'omet point en pareille circonstance. Si le dépositaire était par exemple un homme simple, incapable d'une prévoyance ordinaire, il suffirait même qu'il eût été diligent comme dans ses affaires. Mais aussi, s'il avait coutume de mettre dans ses affaires une diligence exacte, l'emploi d'une diligence ordinaire ne l'excuserait point (2), parce qu'il serait contraire à la bonne foi d'employer aux choses d'autrui moins de soins qu'on n'a coutume d'en employer à ses propres affaires (3).

819. Au sujet de la responsabilité qu'entraine le dépôt, se présente la question de savoir si le dépositaire est responsable de la perte du dépôt, alors que dans un péril commun, dans un incendie, un naufrage ou une inondation, il a sauvé ce qui lui appartenait, sans sauver le dépôt?

La question n'est pas décidée par les textes, et les jurisconsultes émettent des avis différents. Les uns disent que dans un péril commun, lorsque le dépositaire ne peut sauver que ses propres valeurs ou celles qu'il a remises en dépôt, il doit d'abord sauver celles-ci. C'est l'opinion de Voet (4). D'autres croient qu'il faut rechercher si les choses déposées étaient plus ou moins précieuses que celles du dépositaire; au premier cas, il serait responsable, au second cas, il ne le serait pas. C'est l'opinion qu'exprime Brunneman dans l'explication qu'il donne de la L. 32, D. XVI, 3.

La première opinion, celle de Voet, est trop rigoureuse, car elle

(1) L. 5, § 2, D. XIII, 6.

(2) Cela est contesté par Gluck, XV, p. 176, qui prétend que la L. 32 n'a en vue que le cas où le dépositaire est incapable de la diligence du commun des hommes.

(3) Voyez L. 32, D. XVI, 3, et ce que nous avons dit, au premier volume, en traitant *de la prestation de la faute*.

(4) Voet *ad Pand.* XVI, 3, nº 4.

oblige le dépositaire à donner plus de soins aux choses déposées qu'à ce qui lui appartient, elle l'assimile par conséquent au commodataire, ce qui ne saurait être admis, ni d'après les principes généraux de droit romain, ni d'après l'équité. La seconde est plus équitable mais moins juridique, parce qu'elle fait plus ou moins dépendre du hasard l'obligation du dépositaire.

Pour résoudre la question, il faut avant tout la renfermer dans ses véritables limites. Demander si le dépositaire qui a sauvé ce qui lui appartient, alors que le dépôt a péri, est responsable de cette perte, c'est demander en d'autres termes si le dépositaire, pour ne pas avoir sauvé le dépôt dans cette circonstance, se trouve dans une faute grave, dans une faute contraire à la bonne foi. Or, la faute grave se reconnait à l'un ou à l'autre de ces deux caractères : ne pas employer les soins du commun des hommes, ou bien être plus négligent dans les affaires d'autrui qu'on n'a coutume de l'être dans ses propres affaires. Comme il s'agit ici d'un événement extraordinaire, il est évident que le second terme de comparaison ne saurait être employé dans l'espèce; il faut donc s'arrêter au premier : les soins que le commun des hommes emploierait en pareille circonstance; et la question se réduit à savoir si un homme d'une diligence ordinaire aurait pu sauver les choses déposées. On conçoit que pour résoudre une telle question de fait, on ne peut guère procéder que par présomptions, sauf toujours la preuve du contraire. Or, le droit canon dit : si le dépositaire a sauvé tout ce qui lui appartient, il y a présomption qu'avec des soins ordinaires il aurait pu sauver aussi le dépôt. C'est là le sens qu'il faut attacher à ces mots : ***Bona fides abesse praesumitur, si tuis rebus salvis existentibus, res depositas amisisti*** (1). Remarquons bien que la loi ne dit pas *bona fides abest,* d'où il suivrait que le dépositaire serait responsable; elle dit *bona fides abesse praesumitur,* la bonne foi est présumée manquer; par conséquent ce sera dans ce cas, au dépositaire à prouver qu'il n'a pu sauver le dépôt avec ce qui lui appartenait, tandis qu'en règle générale, comme le dépositaire n'est tenu que du dol et de la faute grave,

(1) *Cap. ult. in fine X, De praesumtionibus.*

et que le dol ne se présume pas, c'est au déposant à prouver la mauvaise foi.

La réponse à la question sera donc, que le déposant n'est pas tenu de la perte du dépôt par cela seul qu'il a sauvé ce qui lui appartenait, mais que dans ce cas c'est à lui de prouver qu'il ne pouvait sauver le dépôt par des soins ordinaires. C'est là le principe du droit canon. A cela il faut ajouter, et c'est ce qu'il y a de vrai dans la doctrine de Brunneman, que si les choses déposées étaient plus précieuses que les siennes, et qu'il pût les sauver tout aussi bien que les siennes, il serait tenu, parce que la bonne foi l'obligeait à se constituer gérant d'affaires et à sauver le dépôt au prix de ce qui lui appartenait, sauf indemnité.

Nous sommes donc arrivés à cette conclusion : le dépositaire n'est pas obligé de sacrifier ce qui lui appartient pour sauver le dépôt; mais lorsque le dépôt est précieux et qu'il peut le sauver tout aussi bien que ce qui lui appartient, il devra le faire, sauf à se faire indemniser du sacrifice, au même titre qu'il a le droit de se faire indemniser d'autres impenses qu'il pourrait avoir faites pour la conservation de la chose.

820. Le dépositaire n'est donc tenu que du dol ou de la faute grave. Mais sa responsabilité peut être étendue au-delà, comme nous le verrons aux n°s 821 et 822.

La responsabilité du dépositaire ne saurait être restreinte. La convention que le dépositaire ne serait pas tenu du dol, de la faute grave, n'aurait aucun effet, elle serait nulle comme contraire aux bonnes mœurs (1).

Mais la L. 27, § 3, D. II, 14, n'est-elle pas contraire à ce principe, lorsqu'elle décide que l'on peut cependant convenir valablement que le déposant n'intentera pas l'action *depositi?* En effet, s'il est vrai que l'action *depositi* ne peut être intentée que pour dol et qu'on ne peut pas convenir que le dépositaire ne sera pas tenu du dol, la nullité qui frappe cette dernière clause, paraîtrait devoir frapper aussi celle par laquelle le déposant renonce à l'action *depositi*.

(1) L. 1, § 7, D. XVI, 3; — L. 23, D. L, 17.

Les jurisconsultes qui n'ont pas remarqué la différence qu'il y a cependant entre ces clauses, ont dit, pour lever la contradiction apparente de ces deux textes, que la L. 1, § 7, D. XVI, 3, se rapportait à une convention sur le *dolus futurus*, et que par ce motif la clause était réprouvée, immorale, et frappée de nullité, tandis que la L. 27, § 3, D. II, 14, se rapportait à un *dolus praeteritus*, à un cas où le dépositaire a commis un dol et où le déposant convient avec lui qu'il n'intentera pas l'action déjà née, l'action susceptible d'être introduite à l'instant en justice. Cette conciliation sans doute peut être adoptée, mais je ne pense pas qu'elle exprime toute la pensée de la loi. La renonciation à l'action *depositi*, faite même à l'avance, c'est-à-dire avant que cette action soit née, peut être valable, tandis qu'il reste toujours vrai que la clause que le dépositaire ne sera pas tenu du dol, est nulle et sans effet; car il y a une différence entre l'un et l'autre cas; le dernier est immoral, le premier ne l'est pas. En effet, convenir que le déposant n'intentera pas cette action, c'est beaucoup moins renoncer aux prétentions qui pourraient naître du dol du dépositaire, qu'à la chose même qui est déposée, c'est virtuellement laisser au dépositaire la faculté de restituer le dépôt s'il le veut, et dès lors, loin de permettre au déposant d'user de dol, le dol de sa part ne se conçoit même plus.

821. La responsabilité du dépositaire peut être étendue au-delà de la faute grave. C'est ce qui peut avoir lieu en vertu de la convention expresse, car rien n'empêche les parties de convenir que le dépositaire sera tenu de la faute légère (1).

Le dépositaire est présumé vouloir assumer sur lui la responsabilité de la faute légère, lorsqu'il se présente spontanément pour recevoir le dépôt (2).

822. Enfin, il y a plusieurs cas où le dépositaire doit répondre de tout risque et péril. C'est ce qui arrive :

1° Lorsque le dépôt de choses fongibles a eu lieu dans l'intérêt seul du dépositaire et afin qu'il lui soit loisible de s'en servir au besoin. Titius est d'intention d'acheter une propriété, il s'adresse

(1) L. 7, § 15, D. II, 14.
(2) L. 1, § 35, D. XVI, 3.

à Mœvius pour obtenir un emprunt le cas échéant; Mœvius devant s'absenter, dépose la somme chez Titius, afin que celui-ci puisse en faire emploi, s'il achète la propriété en question : Titius dépositaire sera tenu des risques et périls, dit la L. 4, D. XII, 1, comme celui qui a reçu une chose à vendre pour en garder le prix à titre de *mutuum* (1).

2° Lorsque le dépositaire est en demeure et que la chose n'eût pas péri chez le déposant, si elle avait été rendue lorsqu'elle devait l'être (2).

3° Lorsque le dépositaire abusant du dépôt a commis un *furtum usûs* (3).

4° Lorsque le dépositaire après avoir vendu la chose, l'a rachetée et qu'elle périt fortuitement. Le motif en est qu'ayant commis un vol en vendant la chose, il se trouve *in mora perpetua* jusqu'à ce que la chose soit restituée, ou que des offres valables aient été faites (4).

823. Le dépositaire est tenu de rendre la chose *in specie*, à moins que le dépôt ne soit irrégulier; il est tenu de la rendre *quandocumque repetenti*, alors même qu'un terme aurait été fixé, car le terme est ajouté ici dans l'intérêt du déposant et seulement pour obliger le dépositaire à garder la chose jusqu'à ce terme; donc le déposant a pu renoncer au bénéfice du terme et redemander la chose à tout moment. Par conséquent, si en faisant le dépôt on convient que la chose sera restituée à la mort du déposant ou du dépositaire, le déposant pourra néanmoins redemander le dépôt quand il lui plaira (5).

Cette règle, que malgré le terme le dépôt est restituable *quandocumque repetenti*, souffre exception dans le séquestre, comme nous le verrons plus loin (n° 838).

824. Lorsqu'une caisse fermée à clef, ou toute autre chose sous scellés, a été confiée au dépositaire, celui-ci devient-il respon-

(1) Comp. la L. 11, D. XII, 1; et plus haut le n° 784.
(2) L. 12, D. XVI, 3.
(3) L. 29, D. XVI, 3.
(4) L. 1, § 25, D. XVI, 3.
(5) L. 1, §§ 45 et 46, D. XVI, 3.

sable des choses qui y sont renfermées? — D'après le jurisconsulte Trebatius, il ne devrait l'être qu'à la condition que lors de la remise ces objets lui eussent été montrés ou exhibés par le déposant; mais Ulpien et Labéon, à la L. 1, § 41, D. XVI, 3, déclarent le dépositaire indistinctement responsable. Toutefois, ce sera au déposant à prouver, d'abord que les objets qu'il prétend s'être trouvés dans la caisse, y ont été réellement, et ensuite qu'ils en sont sortis par le dol du dépositaire (1).

Si la caisse a été ouverte par effraction, cette circonstance dispense-t-elle le déposant de toute autre preuve et lui permet-elle de prouver par le serment supplétoire la remise des objets qu'il prétend avoir été soustraits? — Quelques jurisconsultes ont admis cette opinion (2); mais Glück (XV, p. 187) la combat avec raison. L'effraction ne prouve rien par elle-même contre le dépositaire, il ne doit en répondre que pour autant qu'elle a eu lieu par sa faute grave, et elle laisse subsister la question de savoir si les objets qu'on prétend avoir été enlevés, ont jamais existé chez le déposant et ont été réellement déposés. Dans de telles circonstances et à défaut d'autres preuves, le juge devra plutôt déférer au dépositaire le serment décisoire que d'admettre le demandeur au serment supplétoire.

825. Le dépositaire doit restituer la chose avec les fruits et accessions, mais en tout cela il n'est tenu que de la faute grave, à moins qu'il ne soit déjà constitué en demeure. Il ne doit l'intérêt des sommes déposées que quand il a été constitué en demeure et à partir de là, ou quand il en a fait usage sans le consentement du déposant. Toutefois dans ce cas, le déposant ne saurait former une demande séparée pour réclamer ces intérêts, s'il avait déjà intenté l'action *depositi* et qu'il eût obtenu le capital. Le motif en est que les intérêts ne sont dûs que *vi judicii*, en vertu d'un fait subséquent au contrat, et non pas *vi actionis* ou *vi contractûs* (3).

826. Lorsqu'un dépositaire, parce que le dépôt n'était plus en sûreté chez lui, l'a confié lui-même à un tiers, il n'est pas respon-

(1) L. 18, § 1, D. XXII, 3.
(2) VOET *ad-Pand.*, IV, 9, n° 8.
(3) LL. 2, 3, 4, C. IV, 34.

sable du fait de ce dépositaire; il ne serait responsable que pour avoir choisi un dépositaire notoirement indigne de cette confiance, c'est-à-dire en tant qu'il y aurait faute grave dans le choix même; mais pour le reste il ne répond pas des suites du dépôt. L'arrière-dépositaire eût-il même usé de dol, le premier dépositaire s'acquitterait envers le déposant en lui cédant l'action *depositi* (1). Même, indépendamment de la cession, le premier déposant aurait contre le deuxième dépositaire l'action *utilis* (2), d'où il suit aussi, comme le dit Paul, qu'en pareil cas l'arrière-déposant a l'action *depositi* contre l'arrière-dépositaire (3); le premier déposant aurait aussi l'action directe contre le premier dépositaire, soit parce que celui-ci aurait commis une faute grave dans le choix de l'arrière-dépositaire, soit pour se faire céder l'action.

D'après la L. 26, D. XVI, 3, on peut en déposant une chose stipuler valablement qu'elle sera restituée à un tiers désigné, car cette stipulation pour un tiers ne grève pas le promettant; en effet le dépositaire, en restituant la chose au tiers, est dispensé de la restituer au déposant.

Il importe de signaler ici une différence entre le mandat et le dépôt. Le mandataire qui confierait l'exécution du mandat à un tiers, ne se libérerait point envers le mandant en faisant la cession de l'action *mandati;* il demeure responsable de la gestion, et les faits de son mandataire rejaillissent sur lui. En effet, dans le dépôt on n'a égard qu'à une seule chose, la bonne foi; le mandat, au contraire, se contracte par la confiance qu'on a dans l'habileté de la personne qu'on choisit; il est donc naturel que le mandataire demeure responsable à l'égard du mandant et qu'il ne puisse pas se libérer en cédant l'action *mandati* qu'il aurait contre l'arrière-mandataire.

827. La compensation n'est jamais admise dans le dépôt. Qu'elle ne le soit pas lorsque le dépôt consiste dans un corps certain,

(1) L. 16, D. XVI, 3.
(2) L. 26, D. XVI, 3.
(3) PAULI *Sent. rec.*, II, 12, 8 : *Si quis rem penes se positam apud alium deposuerit, tam ipse directam, quam is qui apud eum deposuit, utilem actionem depositi, habere possunt.*

dans une *species*, cela résulte des principes mêmes de la compensation. Mais elle ne l'est pas davantage quand l'action *depositi* a pour objet la valeur de la chose déposée, ou bien quand le dépôt consiste dans des choses fongibles non restituables *in specie*, en d'autres termes quand le dépôt est irrégulier; en effet la L. 11, C. IV, 34, ne distingue pas (1). Le dépositaire, par cela seul qu'il accepte la chose à titre de dépôt, s'oblige à la restituer quand il en sera requis, et renonce par conséquent d'avance à toute exception fondée sur une prétention qu'il aurait à élever contre le dépositaire. Élever une telle prétention serait violer la bonne foi du contrat; c'est un des priviléges du déposant que d'être protégé contre les exceptions de cette nature.

Mais si le dépôt avait été transformé en *mutuum* ou en commodat, la compensation serait admissible, car avec l'extinction du dépôt s'éteignent aussi les priviléges que la loi y attache.

828. Le dépositaire ne peut pas même exercer le droit de rétention pour les créances connexes, par exemple, pour ce qui pourrait être dû du chef des impenses nécessaires qu'il aurait faites (2). D'après ce qui précède, la foi du contrat serait violée si le dépositaire retenait la chose, fût-ce pour une dette connexe. La L. 11, C. IV, 34, en portant cette décision donne pour motif : *Cum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur.* — Vainement invoque-t-on pour l'opinion contraire un passage de Modestus, la L. 23, D. XVI, 3; ce texte prouve tout au plus qu'avant Justinien le droit de rétention pour impenses était admis, mais la L. 11, C. IV, 34, l'a proscrit en termes formels. On y lit encore : *Sed et si ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis praepeditio oriatur, sed depositae quidem res vel pecuniae ab utraque parte quam celerrime sine aliquo obstaculo restituantur, ei videlicet primum, qui primus hoc voluerit, et postea legitimae actiones integrae quoque ei reserventur.* — Quelles que soient donc les prétentions du dépositaire

(1) Voyez aussi la L. *ult.*, C. IV, 31.
(2) L. 11, C. XVI, 3.

taire, c'est par l'action *contraria* qu'il doit les poursuivre; aucun retard apporté à la restitution ne saurait être légitime; tout retard après réquisition, constitue le dépositaire en demeure, et lui en fait subir toutes les conséquences. Quant à cet argument, que le droit de rétention peut être exercé partout où la loi accorde une action *contraria*, il ne saurait valoir, puisqu'il est évident que la L. 11, C. IV, 34, a voulu introduire une exception à cette règle (1).

L'art. 1948 du Code civil s'est écarté du droit de Justinien, et admet la rétention conformément à l'ancien droit romain; il porte que le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt.

829. Le dépositaire ne saurait pas non plus repousser la demande du déposant, en opposant qu'il n'a aucun droit sur la chose, parce que le dépositaire ne peut pas exciper du droit d'un tiers. Il doit même restituer la chose malgré la saisie-opposition que pourrait faire le créancier du déposant; car le droit d'opposition autorisé encore par la L. 11, C. IV, 34, est aboli par la Novelle 88.

Toutefois, d'après Doneau, Pothier et Glück, XV, p. 194, cette Novelle ne se rapporte qu'au tiers qui est créancier, et non pas au tiers qui prétend avoir sur la chose déposée un droit de propriété; d'où nous conclurons que si le propriétaire se présentait pour réclamer une chose qui lui aurait été volée, le dépositaire devrait la lui restituer, ainsi que le porte la L. 31, D. XVI, 3, en se basant sur ce qu'il serait contraire à la bonne foi que le dépositaire dût restituer la chose volée au voleur, plutôt qu'au propriétaire. Hors ce cas, si le propriétaire lui-même ne se présente pas, le dépositaire, dit la L. 31, doit restituer le dépôt, fût-ce à celui-là même qui l'a volé. Si cependant il connaissait le propriétaire, il est évident qu'il pourrait et que moralement il devrait le faire informer.

Le dépositaire peut aussi retenir la chose lorsqu'il prouve qu'il est lui-même propriétaire, car si cette preuve est fournie à l'instant d'une manière liquide, il ne pose pas d'exception, il prouve plutôt

(1) Voyez, quant à la controverse qui existe sur ce point, Glück, *Pand.* XV, p. 199, et Marezoll, *Zeitsch. für Civilr. und Proc.* III, p. 285.

qu'il n'y a pas de dépôt (1). Il faut donc distinguer : le dépositaire ne peut pas opposer l'exception de propriété; il doit, s'il n'a pas de preuve liquide, restituer la chose, sauf à poursuivre ses droits après restitution. C'est ce que prescrit la L. 11, C. IV, 34. Mais nous pensons qu'on ne saurait conclure de cette loi que le dépositaire qui serait muni de titres de propriété irréfragables, prouvant que la chose a été volée à lui ou à son auteur, serait obligé de se dessaisir. Ce serait donner à la L. 11 une interprétation contraire au principe, reconnu par les L. 45, D. L, 17, et L. 15, D. XVI, 3, qu'on ne peut être dépositaire de sa propre chose, et contraire même au texte de la L. 11, qui veut que le dépôt, qui est basé sur la bonne foi, ne devienne pas une occasion de perfidie, et qui déclare même qu'il serait contraire à la bonne foi que le propriétaire dût restituer la chose à celui qui l'en a dépouillé. Toutes ces lois sont basées sur le même principe d'équité; on ne peut donc donner à l'une d'elles une interprétation qui la mette en opposition avec les autres.

Pour ces motifs nous admettons avec Mühlenbruch (§ 387, note 8), que si le dépositaire ne peut opposer aucune exception proprement dite afin de différer la restitution du dépôt, il peut cependant établir, s'il a des preuves liquides, qu'il est propriétaire; et que dès lors il ne saurait être obligé comme dépositaire.

830. La restitution doit se faire à l'endroit où se trouve la chose au moment de la demande, alors même que le dépositaire aurait reçu le dépôt dans un autre lieu. Mais pour cela il faut que le dépositaire ait effectué le transport d'un lieu à l'autre, avec bonne foi, sans intention de nuire au déposant. Si cependant le déposant demande que la chose lui soit rendue dans un autre lieu, le dépositaire devra le faire, mais aux frais du déposant (2).

Si la restitution devait, d'après convention des parties, se faire dans un lieu différent de celui du dépôt, ce serait encore aux dépens du déposant que s'exécuterait le transport, à moins que le contraire n'eût été stipulé.

(1) L. 45, D. L, 17.
(2) L. 12, § 1, D. XVI, 3.

831. Comment se fera la restitution si le dépôt a été fait par plusieurs intéressés, ou que le déposant ait laissé plusieurs héritiers?

Il faut distinguer si l'objet déposé est matériellement divisible ou non. S'il est matériellement divisible, s'il consiste en argent ou en choses fongibles, ou bien en choses dont l'une vaut l'autre et qui sont partageables proportionnellement aux droits des parties, par exemple, trois chandeliers d'argent entre trois déposants, chacun intentera l'action *depositi* pour sa part et l'obtiendra séparément. D'après le principe général de la division des créances, il y aura autant de créances qu'il y a de déposants. De là résulte cette conséquence, que le déposant qui a demandé et obtenu sa part, ne pourra réellement, si le dépositaire est devenu insolvable, être recherché par ses copartageants réclamant leurs parts, à moins toutefois que ces codéposants ne soient associés. Encore dans ce dernier cas faudrait-il que les associés retardataires ne fussent pas en faute.

Si la chose est une *species,* chaque intéressé pourra intenter l'action; mais, comme le dépositaire ne peut lui livrer la chose pour la part qui lui revient, la *species* étant matériellement indivisible, il n'est pas obligé non plus à lui livrer toute la chose, à moins que le demandeur ne lui promette de le tenir indemne, et ne lui fournisse caution bonne et valable pour le cas où les autres intéressés voudraient réclamer leurs parts. En effet, le dépositaire qui livre la chose à l'un des intéressés, n'est pas dégagé vis-à-vis des autres; la chose qui est l'objet du dépôt, bien que le fait de la restitution soit indivisible, est cependant divisible elle-même et divisée quant à la propriété, et par conséquent le dépositaire ne doit restituer à chaque déposant que la quote-part pour laquelle il est propriétaire. Si l'obligation était indivisible en soi ou solidaire entre créanciers, le dépositaire s'acquitterait envers tous en remettant la chose à un seul, mais c'est ce qui n'a pas lieu (1).

Si le dépôt consiste en une somme d'argent remise dans un sac scellé, et que l'un des héritiers du déposant se présente pour avoir

(1) L. 1, §§ 36 et 37, D. XVI, 3.

sa part, le dépositaire pourra la lui remettre en faisant ôter le scellé, soit devant le magistrat, soit devant des témoins irréprochables (1).

Ainsi, entre plusieurs déposants l'action n'est ni indivisible ni solidaire, à moins qu'il n'y ait convention de solidarité; mais le dépositaire, quand il s'agit d'une *species*, ne doit restituer le tout à un seul que s'il obtient caution bonne et valable (2).

852. Contre plusieurs dépositaires l'action est solidaire; la solidarité résulte ici de la remise faite simultanément à tous (3). Cependant, comme les dépositaires ne font que rendre un service d'ami, la solidarité est moins stricte entre eux qu'entre commodataires. Le dépositaire actionné qui prouve que ce n'est pas par son dol que la chose a péri, doit être absous, et le déposant n'a de recours que contre l'auteur du dol (4).

Comme l'obligation entre dépositaires n'est que solidaire, il suit que l'action intentée pour des faits concernant le défunt, se divise entre les héritiers du dépositaire : ceux-ci ne sont tenus du dol que le défunt aurait commis qu'à raison de leurs parts héréditaires. Quant à leur propre dol, et par dol nous entendons aussi la faute grave, ils répondront chacun de son fait personnel (5). Mais si un dol était pratiqué de connivence entre plusieurs héritiers, ils seraient tenus *in solidum*, à la rigueur; cependant, dit la L. 22, D. XVI, 3, le juge veillera à ce que le montant des condamnations soit divisé entre tous, mais de telle sorte que le déposant obtienne toujours le *solidum*, c'est-à-dire une fois l'estimation et les dommages-intérêts.

S'il s'agit de restitution, si l'un des héritiers du dépositaire est seul détenteur du dépôt, il devra le restituer en entier. Vainement prétexterait-il l'absence de ses cohéritiers pour différer une restitution qui ne saurait lui porter préjudice et que la bonne foi

(1) L. 1, § 37, D. XVI, 3.

(2) L. 1, § 44, D. XVI, 3. — Comp. L. 17 *pr.*, D. *eod.* — Voyez aussi le nº 250.

(3) L. 1, § 43, D. XVI, 3. — V. Ribbentrop, *Zur Lehre von der Correaloblig.*, § 19-20; et ce que nous avons dit, plus haut, aux nºs 250 et suivants.

(4) L. 1, § 43, D. XVI, 3.

(5) L. 9 et L. 10, D. XVI, 3.

réclame; car en restituant la chose, il libère ses cohéritiers d'une obligation dont ils n'auraient pu s'acquitter eux-mêmes (1).

833. Si l'un des héritiers du dépositaire vendait de bonne foi le dépôt, il ne serait pas tenu *de re,* dit la L. 1, § 37, D. XVI, 3, c'est-à-dire qu'il ne serait pas tenu de l'estimation; mais, ajoute la même loi, il serait tenu de restituer le prix qu'il a reçu, *de eo quod ad eum pervenit,* ou de céder les actions, si le prix n'est pas payé (2). De là nous conclurons que si de bonne foi il avait consommé la chose, il devrait l'estimation au moment de la consommation.

834. Selon la loi des XII Tables, la mauvaise foi du dépositaire entraînait, outre l'infamie, la condamnation au *duplum*. Le *duplum* n'a pas été maintenu dans l'Édit prétorien, excepté au seul cas où le dépôt a été fait sous l'empire de circonstances qui n'ont pas laissé au déposant le temps de choisir le dépositaire. Tel est le cas d'un incendie, d'une ruine, d'un pillage. Un pareil dépôt est appelé dépôt nécessaire, *depositum miserabile.* Dans les autres cas, la mauvaise foi du déposant entraine seulement l'infamie, selon l'Édit prétorien.

D'après le Code civil, le dépôt nécessaire a cela de particulier que la preuve par témoins peut en être reçue, même quand il s'agit d'une valeur de plus de 150 fr. (Art. 1950).

La condamnation au double étant une peine, ne s'étend pas aux héritiers lorsqu'elle est motivée sur le dol du dépositaire; mais elle est encourue par les héritiers comme par le dépositaire lorsqu'elle est la conséquence de leur propre dol (3).

L'action *depositi* est perpétuelle contre l'auteur du dol, parce qu'elle dérive de la loi des XII Tables. Contre l'héritier elle est prétorienne, elle ne peut être intentée par conséquent que dans l'année (4). Cependant jamais un dépositaire ni ses héritiers ne sauraient prescrire la chose déposée; tant qu'ils la possèdent, ils doivent la restituer, car ils ne peuvent pas prescrire contre leur

(1) L. 3, § 3, D. XIII, 6.
(2) LL. 2, 3, 4, D. XVI, 3.
(3) L. 1, § 1, D. XVI, 3.
(4) L. 18, D. XVI, 3.

titre; ce n'est que pour autant qu'ils ne la possèdent pas ou qu'ils seraient responsables de leur dol ou de leur faute grave, qu'ils pourraient opposer au déposant la prescription extinctive.

835. Par l'action *depositi contraria*, le dépositaire poursuit les impenses qu'il peut avoir faites au dépôt, tant pour grosses que pour menues réparations. Le déposant ne saurait se soustraire à cette obligation en abandonnant la chose, puisque le dépositaire a l'action *contraria;* mais aussi, selon le droit de Justinien, le dépositaire n'a que l'action *contraria*, il n'a pas le droit de rétention du chef de ses impenses (1).

Par la même action le dépositaire peut réclamer tout dommage qui lui a été causé à l'occasion du dépôt, pourvu toutefois que le dommage ne soit pas la conséquence pure et simple de son propre fait. Le déposant, quant au dommage causé par le dépôt, est tenu de la faute légère, car c'est dans son intérêt que le contrat intervient. D'après ce principe, la L. 61, § 5, D. XLVII, 2, rend le déposant responsable du vol commis par l'esclave qu'il a donné en dépôt, pourvu que le dépositaire n'ait pas eu dans l'esclave une folle confiance, qu'il n'ait pas excité imprudemment sa concupiscence; par conséquent, si le vol ne peut être imputé au dépositaire, le déposant ne pourra pas se soustraire à la responsabilité en abandonnant l'esclave *in noxam*, comme il le pourrait s'il l'avait prêté (2), car le dépôt intervient dans son intérêt.

(1) LL. 5, 12, 23, D. XVI, 3, et L. 11, C. IV, 34.
(2) L. 31, D. XIII, 7.

DU SÉQUESTRE.

Sommaire.

836. Double signification du mot séquestre. — Définition.
837. Le séquestre est nécessaire ou volontaire, conservatoire ou exécutoire.
838. Différences entre le séquestre et le dépôt.
839. Le séquestre a cela de commun avec le dépôt, qu'il est gratuit, et qu'il n'a pour objet que la garde de la chose. Si une de ces conditions fait défaut, ce contrat dégénère en *locatio operarum*, en mandat ou en contrat innommé.

---

836. On définit souvent le séquestre : un dépôt ayant pour objet une chose litigieuse, restituable à celle des parties en faveur de qui a été prononcée la sentence; et telle est la signification du mot séquestre pris dans son sens propre ou restreint (1). Cependant ce mot a aussi une signification plus générale et s'applique non-seulement au dépôt d'un objet litigieux, fait volontairement par les parties, mais aussi au dépôt ordonné par le juge même, sans que la chose soit litigieuse, dans le but soit de conserver des droits qui sont mis en péril, et dans ce cas le séquestre peut aussi avoir pour objet des personnes, soit de parvenir à l'exécution d'une sentence, de manière à conserver la propriété de la chose même au débiteur et à payer le créancier sur les fruits que la chose peut produire. D'après cela, nous définirons le séquestre, avec Mühlenbruch (§ 581), le dépôt qui est fait, soit du consentement des parties intéressées, soit par ordre du juge, à l'effet de conserver des droits mis en péril, ou de parvenir à l'exécution

(1) L. 110, D. L, 17; — L. 5, § 1; — L. 6, — et L. 17, D. XVI, 3

d'une sentence: *Sequestratio plerumque est rei depositio, quae aut servandi juris, aut judicati exsequendi causa fit.* Mühlenbruch dit *rei depositio,* mais il ajoute avec raison que quelquefois aussi le séquestre ordonné par le juge, peut avoir pour objet des personnes (1).

837. Il suit de notre définition que le séquestre est ou volontaire ou nécessaire. Quant au séquestre nécessaire, il est, comme on a pu le remarquer, conservatoire ou exécutoire. Le séquestre conservatoire ne peut être ordonné par le juge qu'en cas de nécessité, c'est-à-dire, lorsqu'aucun autre moyen conservatoire ne peut être employé et ne procure la garantie désirée. Ce séquestre a pour objet tantôt la chose, tantôt les personnes, tantôt tout le patrimoine, tantôt une partie du patrimoine. Il y a lieu à ordonner le séquestre d'une personne dans l'*interdictum de liberis exhibendis,* lorsqu'un enfant est dans un âge où il pourrait souffrir du séjour qu'il ferait chez le défendeur (2). Il peut aussi y avoir lieu à ce séquestre sans qu'il y ait procès, lorsqu'au décès du mari l'état de la veuve est incertain, et que les héritiers du défunt ont intérêt à constater qu'en ce moment la femme n'est pas enceinte, ou lorsqu'au divorce le mari a intérêt à constater que la femme est enceinte (3).

Dans les actions mobilières, lorsque le défendeur ne peut donner caution et que sa solvabilité est suspecte, le juge peut aussi ordonner qu'en attendant la fin du procès ou le cautionnement, la garde de la chose soit confiée à un tiers (4). Mais jamais le séquestre ne peut être prononcé lorsque la créance a pour objet une somme d'argent; de telles prétentions, dit la L. 1, C. IV, 4, doivent d'abord être prouvées; et une fois prouvées, il y a condamnation définitive et il ne peut plus être question de séquestre.

Le séquestre, comme mesure conservatoire, peut encore être ordonné en cas de fureur ou d'aliénation mentale. Une femme

(1) L. 3, § 6, D. XLIII, 3; — c. 14, X, *de Sponsal.* (IV, 1); — c. 8, X, *de Rest. spoliat.* (II, 13).

(2) L. 3, § 6, D. XLIII, 6.

(3) L. 1, § 10, D. XXV, 4.

(4) L. 7, § 2, D. XVI, 3; — L. 21, § 3, D. XLIX, 1.

mariée a été atteinte de maladie mentale; le mari, pour pouvoir continuer de jouir de la dot, maintient le mariage, il n'envoie pas le *libellum repudii*, mais il délaisse sa femme sans pourvoir à sa subsistance, sans lui donner les soins nécessaires; le curateur ou les plus proches cognats pourront demander au juge que la dot soit mise sous séquestre afin que le revenu soit employé à l'entretien de la femme (1).

Le séquestre judiciaire est exécutoire, lorsque le juge ordonne que les biens du débiteur soient séquestrés pour que le créancier soit payé des revenus : c'est ce qui se fait lorsque le débiteur détient des biens en qualité de fidéicommissaire (2).

838. Le séquestre est donc un dépôt avec une clause spéciale qui en dénature plus ou moins la substance. Indiquons ces différences :

1° D'abord, dans le séquestre volontaire ou judiciaire, la restitution ne se fait point *quandocumque repetenti*, mais seulement au terme désigné, à la fin du procès, ou lorsque les causes qui ont déterminé le juge à prononcer le séquestre, ont disparu.

2° Le séquestre volontaire ne se fait jamais par un seul déposant, mais toujours par plusieurs intéressés, et il se fait *in solidum*, dit la L. 6, D. XVI, 3, c'est-à-dire avec la clause que la chose sera restituée à un seul, et non pas à chaque déposant à raison de la part qui lui revient. Le dépôt ordinaire peut être fait par un seul déposant ou par plusieurs; s'il est fait par plusieurs, il se restitue à raison de la part que chacun a dans la chose commune; le dépositaire ne se libérerait pas s'il rendait la chose à un seul.

3° On se demande si le séquestre diffère du dépôt en ce que la possession serait transférée au séquestre? — En règle générale, non; le séquestre ne possède pas plus que le dépositaire; l'un et l'autre sont *in possessione alius* (2). Lorsque le séquestre est nécessaire, le séquestre ne possède jamais, il ne détient qu'au nom de celui dont le bien est séquestré, au nom de celui qui au mo-

(1) L. 22, § 8, D. XXIV, 3.
(2) L. 21, § 3, D. XLIX, 1.
(3) L. 17, D. XVI, 3, et L. 39, D. XLI, 2. — Comp. *De la Possession*, n° 23.

ment de l'ordonnance du juge a la possession incontestée de la chose. Quand le séquestre est volontaire, quand la chose est litigieuse, les parties ne sont pas censées par cela qu'elles recourent à une mesure conservatoire, renoncer au droit de possession qu'elles peuvent avoir; le séquestre ne devient donc pas possesseur, à moins que les parties se disputant la possession, ne soient convenues de constituer le séquestre possesseur durant l'instance, afin qu'aucune d'elles ne puisse pendant ce temps se prévaloir de la possession à l'effet d'usucaper. *Interesse puto*, dit la L. 39, D. XLI, 2, *quâ mente apud sequestrum deponitur res : nam si omittendae possessionis causa, et hoc* APERTE FUERIT APPROBATUM *: ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet.* Ainsi, d'après la L. 39, il faut une convention expresse pour que le séquestre possède.

La L. 17, § 1, D XVI, 3, énonce le même principe avec la même exception et n'est nullement contraire à la L. 39, si, comme on le doit grammaticalement et logiquement, on rapporte les mots *deposita est* au mot *possessio,* qui précède immédiatement, et non pas au mot *res : rei depositae proprietas apud deponentem manet,* dit cette loi, *sed et possessio, nisi apud sequestrum deposita est; nam tum demum (si possessio deposita est) sequester possidet : id enim agitur ea de possessione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.*

Ainsi, lorsque deux parties se disputant un objet, l'ont déposé chez un séquestre, deux hypothèses sont possibles. Si elles ne sont convenues de rien quant à la possession, celui qui triomphera dans le débat sera censé posséder; le séquestre possédera donc en son nom, et la partie qui aura triomphé pourra se prévaloir de cette possession tant contre l'autre partie que contre le tiers. Si, au contraire, les parties étaient convenues que le séquestre posséderait, la partie triomphante ne pourrait aucunement se prévaloir de la possession durant l'instance du procès.

4° Le séquestre diffère encore du dépôt, en ce qu'il peut avoir pour objet des immeubles (1).

(1) Voir plus haut le n° 817.

839. Remarquons enfin que pour que le séquestre donne lieu à l'*actio depositi sequestraria directa* ou *contraria*, il faut que le dépôt soit gratuit. S'il était salarié, il y aurait lieu aux actions *locati, conducti sequestraria*, il n'y aurait plus de dépôt, il y aurait louage. Si non-seulement la garde, mais encore l'administration de la chose avait été confiée gratuitement par séquestre, il y aurait lieu à l'action *mandati sequestraria*. Si pour l'administration ou pour la garde le séquestre avait reçu autre chose que de l'argent, il y aurait lieu à l'action *sequestraria praescriptis verbis* (1).

(1) L. 12, § 2, D. XVI, 3; — L. 9, § 3, D. IV, 3

DE L'OBLIGATION

DE RESTITUER CE QU'ON A REÇU SANS CAUSE.

DE LA *CONDICTIO INDEBITI.*

Sommaire.

840. Transition.

841. Caractères et définition de la *condictio,* dans le sens restreint du mot.

842. Conditions requises pour l'exercice de la *condictio indebiti.* — Première condition : Il faut une *solutio indebiti.* — Définition de la *condictio indebiti,* dans le sens général du mot.

843. De la *solutio indebiti* exigée pour qu'il y ait *condictio.* — Il y a lieu à répétition : 1° du paiement naturellement et civilement indu, 2° du paiement indu naturellement, quoique dû civilement, ou du paiement des obligations énervées par une exception fondée sur l'équité.

844. Il en est autrement de l'exception du sénatusconsulte Macédonien, du *beneficium ordinis* et *divisionis* et du *beneficium competentiae,* mais non de l'exception tirée de la prescription.

845. De la restitution faite par le possesseur de bonne foi qui n'a pas exercé le droit de rétention pour impenses nécessaires.

846. Deuxième condition; il faut qu'il y ait erreur portant sur une cause qui, si elle avait existé, nous eût obligé de donner ce qui a été donné.

847. Des personnes qui peuvent répéter le paiement indu alors même qu'il a été fait sciemment.

848. Autres cas où le paiement indu, quoique fait sciemment, peut être répété.

849. Lorsque par une erreur de droit on a payé l'indu, peut-on intenter la *condictio indebiti* comme s'il s'agissait d'une erreur de fait? — Oui, en règle générale. — Controverse.

850. Des cas où il n'y a pas lieu à la répétition de l'indu, quoiqu'il y ait erreur : — *a.* erreur sur le motif de la donation, — *b.* sur le motif de la transaction, — *c.* sur l'obligation naturelle. — *d.* Er-

reur de droit, ayant pour effet de priver seulement d'un avantage celui qui se trompe.

851. Pour qu'il y ait lieu à la *condictio indebiti*, est-il nécessaire que celui qui a reçu le paiement indu ait été de bonne foi? — Dans quels cas il y a lieu à la *condictio furtiva*.

852. Des personnes qui peuvent intenter la *condictio indebiti.* — Ce n'est pas toujours celui qui fait le paiement indu, c'est celui au nom de qui il est fait, qui intente cette action.

853. Cependant si le paiement indu n'est pas ratifié, c'est le mandataire qui a la *condictio.* Il en est de même du tuteur, lorsque le paiement indu fait par lui, n'est pas accepté en compte.

854. Qui a la *condictio indebiti* lorsqu'une chose indue a été payée par l'héritier apparent?

855. Quelquefois la *condictio indebiti* s'intente non contre celui qui reçoit le paiement, mais contre celui au nom de qui il est accepté. — Pourquoi le paiement indu reçu par un mandataire général, exige-t-il une ratification pour obliger le principal, tandis que le paiement de ce qui est dû, fait par un mandataire général, n'exige nulle ratification subséquente.

856. Il y a paiement indu, non-seulement lorsqu'on paie ce qui n'est pas dû, mais encore lorsqu'on paie à celui qui n'est pas créancier; ou lorsqu'on paie ce qu'un autre doit, sans agir en son nom. — Modification apportée par la L. 5, C. III, 31, au paiement fait par l'héritier apparent.

857. La *condictio indebiti* passe à l'héritier. — Quand la caution a payé un *indebitum,* est-ce celle-ci ou le débiteur principal qui intentera la condiction?

858. Lorsque deux débiteurs solidaires paient plus qu'ils ne doivent, qui intentera la condiction? — Distinctions.

859. De l'objet de la *condictio indebiti*, en général. — *Condictio incerti.* — De l'objet de la *condictio indebiti*, en particulier, quand il s'agit : 1° De cautions données indûment ou d'obligations indûment contractées; — 2° d'un cautionnement qu'on aurait pu exiger lors d'un paiement et qu'on n'a pas exigé; — 3° de faits indûment prestés; — 4° d'une possession indûment transférée; — d'une *quantitas* indûment payée; — 6° d'une *species*.

860. De la preuve. — Du cas où le défendeur doit prouver que le paiement était dû.

861. De quelques cas particuliers où il y a lieu à la *condictio indebiti.*

862. De la renonciation à la *condictio indebiti.* — Quand est-elle valable?

---

840. Nous avons à traiter, dans cette partie de notre cours, de l'obligation de restituer ce qu'on a reçu sans cause, et des actions

qui peuvent s'intenter de ce chef, matière dont Pothier, Mühlenbruch et plusieurs autres commentateurs traitent à la suite du *Mutuum,* à cause des rapports intimes entre la *condictio indebiti* et la *condictio certi ex mutuo.*

Nous nous occuperons successivement des conditions *indebiti,* — *ob causam datorum,* — *ob turpem vel injustam causam,* — et *sine causa.*

841. La *condictio indebiti* se rattache au système des contrats réels, parceque originairement elle a son fondement dans une prestation, dans un paiement (ce mot pris dans le sens le plus étendu); c'est pour cela que les textes comparent la *condictio indebiti* à la *condictio ex mutuo* (1); et quant à ses effets, elle a aussi cela de commun avec la *condictio ex mutuo,* qu'elle ne peut pas avoir pour objet plus que ce qui a été donné, sauf l'accession naturelle de la chose même (2).

Mais s'il est vrai de dire que sous ce rapport la *condictio indebiti* est *stricti juris* et participe en effet au *strictum jus,* le fondement de cette action est cependant dans l'équité. A la L. 66, D. XII, 6, Papinien dit : *Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.* De là cette conséquence que la *condictio indebiti* a souvent pour objet moins que ce qui a été payé, comme l'indiquent les mots : *quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur.* Elle repose en effet sur le principe énoncé à la L. 14, D. XVI, 6, en ces termes : *Hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.*

La *condictio indebiti* est donc une action personnelle fondée sur un paiement indu que l'on a fait par erreur; l'action est *stricti juris;* mais, introduite par l'équité dans le système du strict droit, elle admet aussi, dans l'intérêt du défendeur, des modifications qui dérogent à ce droit.

842. La *condictio indebiti* requiert comme première condition qu'il y ait eu paiement, *praestatio.* Ainsi peu importe qu'il y ait

(1) § 1, Inst. III, 14; — § 6, Inst. III, 27. — L. 5, § 3, D. XLIV, 7.
(2) L. 15, D. XII, 6.

eu transport de la propriété ou de la possession, ou seulement prestation d'un fait, pourvu que le fait soit appréciable : dans tous les cas il y aura lieu à répétition (1). Quand la L. 25, § 2, D. XIX, 5, dit que les faits ne peuvent pas être répétés, cela ne se rapporte pas à l'estimation, qui peut l'être d'après les lois que nous venons de citer.

La *condictio indebiti* étant fondée sur un principe général d'équité, bien qu'introduite à l'égard des prestations et paiements indus, a été étendue au-delà; elle se donne encore pour libérations qui ont eu lieu indûment, par erreur (2), ainsi que pour les engagements qui ont été contractés de la même manière (3).

Ainsi, droit de propriété qu'on a transféré, libération qu'on a accordée, engagement qu'on a pris indûment, c'est-à-dire sans droit et par erreur, en un mot tout ce qui est fait juridiquement, mais d'une manière indue et par erreur, est sujet à répétition. Donc la première condition, qui d'abord, comme le prouve la comparaison avec le *mutuum,* était une *solutio indebiti,* s'est élargie sous cette expression générale d'*indebitum,* jusqu'à comprendre tout acte fait indûment et par erreur. L'*indebiti condictio* dans le sens général, est donc l'action personnelle par laquelle on revient sur un pareil acte; elle a le caractère d'une restitution en entier.

843. Pour que la dette qu'on a payée constitue un *indebitum,* il ne suffit pas que la dette ne soit pas due civilement; un paiement civilement indu, mais naturellement dû, ne saurait être répété, parce que la *condictio indebiti* est fondée sur l'équité naturelle et que l'équité veut que nous payions ce que nous devons naturellement. Par conséquent, le paiement d'une obligation qui aurait pour cause un simple pacte, ne serait pas sujet à répétition. Mais, au contraire, toute obligation dont le fondement naturel a disparu, que le fondement civil subsiste ou non, est sujet à répétition. D'après cela, sont sujets à répétition :

1° Le paiement de l'*indebitum* absolu, c'est-à-dire le paiement

(1) L. 26, § 12, et L. 40, § 2, D. XII, 6.
(2) L. 22, § 1, et L. 39, D. XII, 6.
(3) L. 31, D. XII, 6.

de ce qui n'est dû ni civilement ni naturellement; par exemple, j'achète et je paie par erreur une chose qui m'appartient, ou bien je paie ce que je dois seulement sous condition, croyant être débiteur pur et simple (1). Il n'en serait pas de même si je payais ce que je dois à terme; qui a terme ne peut être forcé à payer, et sous ce rapport on dit : qui a terme ne doit rien. Mais celui qui a terme et qui a payé, ne peut recourir à la *condictio indebiti*, puisque cette action n'est accordée qu'à ceux qui ne doivent rien; sous ce rapport on dit que le débiteur qui a terme, est débiteur. *In diem debitor, adeo debitor est,* dit Paul à la L. 10, D. XII, 6, *ut ante diem solutum repetere non possit* (2).

2° Est encore sujet à répétition le paiement qui n'était dû que civilement, c'est-à-dire qui avait une cause civile et qui n'avait pas de cause naturelle, le paiement dont la cause est réprouvée par l'équité, le paiement de l'obligation *mere civilis* ou *naturaliter reprobata*.

De là il suit que le paiement de toute obligation à laquelle on aurait pu opposer une exception perpétuelle, fondée sur l'équité, *in favorem debitoris*, est dans tous les cas où l'exception a été omise par erreur, sujet à répétition; telles sont les exceptions de dol, de violence, l'exception tirée du pacte *de non petendo*, de la transaction, du serment, de la chose jugée, et aussi, d'après nous, l'exception tirée de la prescription. Il en est de même de l'exception du sénatusconsulte Velléien, parce qu'elle est fondée sur l'équité, sur la faiblesse des femmes qui dans certains actes sont censées ne pas jouir de toute leur liberté; l'exception atteint jusqu'au fondement naturel de l'obligation, qui est bien la liberté; et par conséquent, si on a acquitté par erreur une obligation à laquelle cette exception peut être opposée, la *condictio indebiti* pourra être intentée (3).

844. Il n'en est pas de même de l'exception du sénatusconsulte Macédonien; il n'y a pas d'iniquité à ce que le fils de famille pubère paie sa dette; l'exception n'est donc pas fondée sur l'équité, elle

(1) L. 16, D. XII, 6.
(2) Comp. L. 16, § 1, D. XII, 6, et L. 17, D. *eod.* — Voyez aussi plus haut le n° 31.
(3) L. 26, § 3, et L. 40, D. XII, 6.

est introduite *in odium creditoris;* partant le paiement de l'obligation à laquelle on aurait pu opposer pareille exception, n'est pas sujet à répétition.

Plusieurs jurisconsultes placent à côté de l'exception du sénatus-consulte Macédonien, l'exception tirée de la prescription; mais nous avons établi que la prescription n'est pas introduite *in odium creditoris,* qu'elle atteint le fondement naturel de l'obligation, que par conséquent le paiement d'une obligation prescrite, si l'exception a été omise par erreur, est sujet à répétition (1).

Le *beneficium divisionis* et le *beneficium ordinis* entre codébiteurs solidaires, le *beneficium competentiae* que peut invoquer le mari actionné pour restitution de la dot et dont jouissent aussi les associés, sont introduits pour des considérations qui ne portent pas atteinte à l'élément naturel de l'obligation. Le *beneficium divisionis* et le *beneficium ordinis* ne sont introduits que pour éviter un circuit d'action; et le *beneficium competentiae* ne touche pas davantage à l'élément naturel, puisque la pauvreté, le malheur du mari ou des associés ne sauraient être pour eux des causes de libération. Il suit de là que l'omission même involontaire de ces bénéfices ne donnerait pas lieu à la *condictio indebiti* (2).

845. Quant au possesseur de bonne foi qui a fait des impenses à raison desquelles il eût pu exercer le droit de rétention, comme l'équité exige qu'il soit indemnisé des impenses nécessaires, il semblerait qu'il eût dû, en cas d'erreur, avoir la *condictio indebiti;* mais les textes la lui refusent, par le motif qu'en restituant la chose il n'a pas payé un *indebitum,* et que le propriétaire qui a reçu la chose avec les impenses, ne possède rien qui ne doive lui appartenir, car les impenses sont à lui *jure accessionis* (3).

846. Pour que la *condictio indebiti* puisse être intentée, il est exigé, en second lieu, que le paiement ait été fait par erreur. Celui qui a payé sachant qu'il ne devait pas, est censé avoir voulu faire une libéralité, et ne peut pas intenter la *conditio in-*

(1) Voyez plus haut les nos 33 à 37 et 45.
(2) L. 8 et L. 9, D. XII, 6.
(3) L. 33 et L. 51, D. XII, 6.

biti (1). Je donne une chose à Titius, parce que je crois qu'il a géré mes affaires, qu'il m'a rendu un service; je suis dans l'erreur sur le motif pour lequel je donne, mais en donnant j'ai su que je ne lui devais rien : il n'y aura pas lieu à la *condictio indebiti*, dit la L. 65, § 2, D. XII, 6. Mühlenbruch dit fort bien à cet égard : *Quod si is qui dat, se non esse obligatum probe scit, at in causa donandi vel remunerandi error intervenit, solutum repeti nequit*. L'erreur sur le motif pour lequel je pose un acte, l'erreur sur le motif intérieur, n'est pas une cause de nullité; l'erreur sur le motif extérieur ou sur la cause juridique qui nous fait agir, est une cause de nullité. Je donne parce que je crois que mon père était débiteur *ex mutuo, ex empto*, je me trompe sur la cause juridique : j'ai la condiction. Je fais une libéralité à Titius parce que je crois qu'il m'a rendu un service, je me trompe : je n'ai pas la condiction, parce que mon erreur porte sur une cause qui, si même elle avait existé, ne m'eût pas forcé de donner, car la reconnaissance n'établit pas une obligation naturelle proprement dite; par conséquent, malgré mon erreur, l'intention de faire une libéralité subsiste dans l'espèce; il me suffit d'avoir su que je ne devais rien, pour que je ne puisse pas répéter ce que j'ai donné.

Il faut donc, d'après les textes que nous avons cités, que le paiement ait eu lieu par erreur et que cette erreur porte sur une cause qui, si elle avait existé, m'aurait obligé au moins naturellement à donner ce que j'ai donné. Si l'erreur porte sur une telle cause, le doute seul suffit pour qu'il y ait lieu à répétition. Si l'on paie dans le doute et que l'on fasse ses réserves, il y a lieu non à la *condictio indebiti*, mais à une action *praescriptis verbis* (2). La *condictio indebiti* est donc particulièrement donnée au cas où celui qui a douté, a payé sans faire de réserves formelles, pour ce motif que la donation ne saurait se présumer. Celle-ci ne se présume en effet que lorsqu'aucune autre présomption n'est possible; or, quand on doute et qu'on paie, on est censé vouloir ménager sa réputation de probité et de solvabilité, plutôt que de

(1) L. 1, § 1, D. XII, 4; — L. 26, § 3, D. *eod.*
(2) L. 5, § 2, D. XIX, 5; — L. 2, § 2, D. XII, 6.

faire un don; il arrive fréquemment qu'on préfère s'exposer à une perte éventuelle que de recourir à des défenses qui pourraient être repoussées, ou être considérées comme de mauvais prétextes dictés par l'esprit de chicane.

Tel est le motif pour lequel la loi n'attache aucune intention de libéralité aux paiements indus faits par celui qui doute; par le même motif la loi n'y attache aussi aucune présomption de transaction. Si au contraire le paiement pouvait être considéré comme le résultat d'une transaction, on ne saurait plus le répéter, puisque la transaction même serait devenue la cause de l'obligation, que partant il y aurait une *causa debiti,* il n'y aurait plus d'*indebitum.* Mais la transaction, dit la L. *ult.*, C. IV, 5, ne se présume pas plus que la donation : *Praesumptionem transactionis non contra eos induci... qui mente titubante, indebitam solverint pecuniam.* Celui qui paie dans le doute, n'ayant l'intention ni de faire une libéralité, ni de transiger, la loi suppose d'autres motifs qu'elle respecte, et voilà pourquoi elle lui réserve tous ses droits, s'il prouve qu'il a payé ce qu'il ne devait pas.

847. Il y a aussi des personnes qui, alors même qu'elles paient sachant qu'elles ne doivent pas, ont cependant le droit de répétition. Le pupille et l'interdit étant incapables de faire une donation, il s'ensuit que s'ils paient ce qu'ils savent ne pas devoir, la présomption de faire une libéralité ne saurait cependant s'appliquer à un tel paiement; c'est pourquoi la L. 29, D. XII, 6, dit : *Interdum persona locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit.* Elle ajoute : *Nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur,* pour dire que dans ce cas il n'y a pas lieu de distinguer si l'indu a été payé sciemment ou non. Il est évident du reste que si les choses payées par ces personnes existaient encore en nature, il y aurait lieu à revendication, puisque la propriété n'aurait pu être transférée par un tel paiement. Il en est de même du paiement indu que ferait sciemment un mineur lorsqu'il s'agit de choses qu'il ne saurait donner ou aliéner seul, de sa propre autorité.

848. Il y a aussi des cas où la loi autorise généralement la ré-

pétition du paiement indu alors même qu'il a été fait sciemment; c'est ce qui a lieu dans les donations dépassant 500 *solidi*, qui n'ont pas été faites dans la forme de l'insinuation. Vainement le donateur aurait-il sciemment exécuté pareille donation, il y aura lieu à revendication ou, en cas de consommation, à la *condictio indebiti*.

Il en est de même du paiement que la femme aurait fait comme caution : l'*intercessio* est une espèce de libéralité qui lui est interdite. Or, là où la loi elle-même défend les libéralités, le paiement indu ne saurait être valide en vertu d'une présomption de libéralité (1).

Il en est de même du paiement *ob turpem vel injustam causam accipientis;* par exemple, je donne une somme sachant que je ne dois rien, à un dépositaire afin de l'engager à restituer le dépôt : il y a lieu à restitution (2). Ce n'est qu'au cas où un paiement aurait été fait *ob turpem causam* et de la part de celui qui donne et de la part de celui qui reçoit, que malgré la nullité de la cause il n'y aurait pas de condiction : la chose donnée serait confisquée (3).

849. Lorsqu'on a payé ce qui n'était pas dû, par suite d'une erreur de droit, peut-on intenter la *condictio indebiti* comme s'il s'agissait d'une erreur de fait?

Cette question divise les auteurs et exige quelques développements. Voici d'abord les distinctions que présente, pour la résoudre, Glück, au tome XIII, p. 155 et suivantes :

1° Lorsque l'erreur est une erreur de fait, elle ne saurait nuire à celui qui s'est trompé, à moins qu'elle ne soit tout-à-fait grossière (4). Ainsi l'héritier qui en comparant l'actif de la succession au passif, a commis une erreur de fait, et qui, croyant l'actif plus considérable qu'il n'est réellement, a payé intégralement tous les légataires, aura la *condictio indebiti* pour répéter le quart qu'il eût retenu s'il ne s'était trompé (5).

(1) L. 27 et L. 36, § 3, C. VIII, 54.
(2) L. 2, D. XII, 5.
(3) L. 8, D. XII, 5; — L. 5, D. III, 6.
(4) L. 8 et L. 9, D. XXII, 6.
(5) L. 9, C. VI, 49.

2° Lorsque l'erreur repose sur une *ignorantia juris,* sur une erreur de droit, Glück distingue ultérieurement :

a. Si celui qui est dans une telle erreur, néglige seulement un gain qu'il eût pu obtenir, comme par exemple si l'héritier ignorant que la loi Falcidie lui assure le quart de la succession, paie tous les légataires sans exercer la retenue, il n'y aura pas de *condictio indebiti* (1), car il y a erreur de droit, et la succession qui échoit à l'héritier est considérée comme un bénéfice. La *condictio indebiti* ne saurait être intentée pour erreur de droit quand il s'agit seulement de l'omission d'un gain, d'un avantage, la personne qui s'est trompée fût-elle d'ailleurs une de celles auxquelles dans d'autres circonstances, quand il s'agit de perte positive, la loi par un privilége établi pour elles n'impute pas cette erreur, comme les femmes, les campagnards, les personnes simples, les soldats et les mineurs (2).

b. Si l'erreur de droit fait éprouver une perte positive à celui qui se trompe, il y a encore à distinguer si la personne qui erre est ou non une de celles qui sont privilégiées et que nous venons de nommer. Dans le premier cas l'erreur ne nuira pas, par conséquent la condiction pourra être intentée (3). Dans le second cas, celui où la personne qui erre n'est pas privilégiée, il y a controverse sur la question de savoir s'il y a lieu ou non à la *condictio indebiti.* Ceux qui admettent la négative se fondent : 1° sur L. 9 *pr.*, D. XXII, 6, où il est dit : *Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere;* 2° sur la L. 7, C. IV, 5, et sur les LL. 9, C. VI, 49, et 10, C. I, 18.

D'autres au contraire prétendent que l'erreur de droit, quand même elle entraîne une perte positive, ne nuit à personne et que par conséquent en pareil cas la *condictio indebiti* qui est donnée pour éviter de telles pertes, peut être intentée par toute personne, qu'elle soit privilégiée ou non. En faveur de cette opinion, on dit :

(1) L. 9, § 5, D. XXII, 6.

(2) L. 25, D. XXII, 3; — L. 8 et L. 9, § 1, D. XXII, 6; — L. 11 et L. 13, C. I, 13.

(3) L. 9, D. XXII, 6; — L. 13, C. I, 18.

1° La *condictio indebiti* étant fondée sur l'équité, et notamment sur le principe qu'on ne peut pas s'enrichir au détriment d'autrui, il importe peu que l'erreur soit *juris* ou *facti*.

2° Cette considération se confirme par ce fait, que dans tout le titre D. XII, 6, *de Condictione Indebiti,* il n'est pas une seule fois fait mention de cette distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait.

3° Il y a plus : il résulte implicitement des LL. 23, § 1, et 43, § 9, D. XII, 6, ainsi que des L. 5, C. II, 3; — L. 5, C. IV, 5, — L. 16, § 2, D. IV, 4, que la *condictio indebiti* a lieu indistinctement, soit qu'il y ait erreur de droit, soit qu'il y ait erreur de fait. Les cas sur lesquels portent les décisions qu'elles contiennent sont tels qu'on doit supposer que le paiement indu a été fait par erreur de droit.

Cette dernière opinion nous paraît la mieux fondée. La seule chose qui soit démontrée par les partisans de l'opinion contraire, c'est que l'erreur de droit ne peut être invoquée lorsqu'il s'agit seulement d'un avantage qu'on a négligé de recueillir. C'est ce qui résulte des L. 9, § 5, D. XXII, 6, et L. 9, C. VI, 49. Ce cas réservé, nous dirons avec Mühlenbruch, § 380, qu'il importe peu que l'erreur soit de droit ou de fait pour que le paiement indu puisse être répété; et voici ce que nous répondons aux arguments que nous opposent les partisans de l'opinion contraire :

1° Quant à la L. 9, D. XXII, 6, il faut, pour en saisir la portée, la comparer et la combiner avec la L. 7, D. *eod.*, conçue en ces termes : *Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.* Or, que suit-il de ces deux textes combinés? Que l'erreur de fait ne nuit jamais, à moins qu'elle ne repose sur une erreur grossière. En second lieu, que l'erreur de droit ne nuit pas non plus, lorsqu'on répète le sien; que cette erreur ne nuit qu'au cas où il s'agit de recueillir un avantage. La théorie pour laquelle nous nous prononçons, reçoit donc en principe une confirmation formelle et directe de ces deux textes. En effet, sauf le cas où l'héritier qui a recueilli une succession, a payé par erreur de droit, celui qui a payé ce qu'il ne doit pas, est toujours dans le cas de répéter le sien.

Les partisans de l'opinion contraire ont voulu ici contester l'application des mots *suum petentibus*, à la *condictio indebiti*, par le motif que le mot *petere* ne s'appliquerait qu'aux choses dont on est demeuré propriétaire. Mais, bien qu'il soit vrai de dire que le mot *petitio* ne s'applique qu'aux actions réelles, cependant une foule de textes prouvent que les verbes *petere* et *repetere* s'appliquent aussi aux cas où l'action intentée est personnelle. Rien ne réfute plus péremptoirement cette objection que la L. 53, D. XII, 6, où nous trouvons les mots *per condictionem petere*, et en même temps *suum recipere*, appliqués à celui qui intente la *condictio indebiti*. *Suum recipere*, c'est donc *suum petere*, c'est reprendre ce qu'on a eu.

Ainsi, s'agit-il de reprendre ce qu'on a eu, *suum petere*, *suum recipere*, en d'autres termes, comme dit Papinien à la L. 8, D. XXII, 6, s'agit-il d'un dommage résultant de la perte de notre chose, de *damnis amittendae rei suae*, l'erreur de droit ne nuit pas, *omnibus juris error non nocet*. C'est là un point établi par les principes généraux mêmes du titre *de Juris et Facti Ignorantia*. C'est donc à tort que l'on prendrait la règle *juris ignorantia nocet* pour point de départ dans la matière de la *condictio indebiti* où, sauf le cas de l'omission de la retenue falcidienne, il s'agit toujours de redemander le sien. Cette règle, en vertu de la L. 9, D. XXII, 6, ne s'applique donc pas à la *condictio indebiti* dans cette généralité; elle ne s'y applique que d'une manière fort exceptionnelle (1), et tel est le motif pour lequel, au titre D. *de Condict. Ind.*, il n'est pas fait mention de la distinction de la L. 9 et qu'on n'en trouve pas une seule application.

2° Par les explications qui précèdent, la réponse à l'argument tiré des L. 7, C. IV, 5, et L. 9, C. IV, 49, se trouve déjà donnée. Si ces textes requièrent une *error facti* pour qu'il y ait lieu à répétition, c'est parce qu'il y est question de legs et de fidéicommis payés indûment, et par conséquent de la privation d'un avantage, et non pas de la répétition du sien. Le seul texte qui paraisse contraire à notre opinion, c'est la L. 10, C. I, 18, ainsi conçue :

(1) L. 4, C. IV, 49; — L. 4, § 5, D. XXII, 6.

Cum quis jus ignorans, indebitam pecuniam solverit : cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est. Si ce texte était une loi générale, sa conciliation avec la L. 7, D. XXII, 6, dont l'application à la *condictio indebiti* ne saurait être contestée, serait impossible. Mais il n'est qu'une décision sur un cas particulier; il est, comme le montre l'inscription, un rescrit adressé à un certain Araphia; par conséquent, comme on ne peut pas facilement présumer la contradiction dans la loi, il faut admettre que dans le cas qui a provoqué cette décision, il était question non pas de répéter le *suum*, mais d'acquérir un avantage; il faut admettre que le cas de cette L. 10 est pareil à celui de la L. 7, C. IV, 5, et de la L. 9, C. IV, 49. Et il reste d'après cela vrai de dire avec Mühlenbruch, § 380, que la *condictio indebiti* peut être intentée tant pour erreur de droit que pour erreur de fait, sauf toutefois l'exception des L. 9, § 5, D. XXII, 6, et L. 10, C. I, 18, c'est-à-dire sauf le cas où il s'agit pour celui qui s'est trompé, non pas de perdre mais d'acquérir.

850. Au n° 847, nous avons vu des cas où il y a lieu à la *condictio indebiti*, quoique celui qui a fait le paiement indu n'ait pas été dans l'erreur. Il y a aussi des cas où il n'y a pas lieu à la *condictio indebiti*, quoique un paiement ait été fait par erreur. C'est ce qui arrive :

a. Lorsque, comme nous l'avons exposé plus haut, l'erreur tombe, non pas sur la *causa debendi*, mais sur la *causa donandi*, sur une cause qui, alors même qu'elle eût existé, ne nous eût pas obligé à faire le paiement, comme dans la donation rémunératoire. Si je me suis trompé sur la *causa donandi*, l'erreur ne fait point naître d'action, car si en droit je n'étais pas obligé de récompenser, le paiement n'est cependant pas ici un *indebitum*, il a pour cause la donation, dictée elle-même par l'intention de faire une libéralité (1).

b. Il n'y a pas lieu à répétition quoiqu'il y ait erreur, lorsque je me suis trompé sur l'étendue de mes droits en faisant une

(1) L. 52, D. XII, 6.

transaction, et que j'ai payé une somme *transactionis causa*, car la transaction est la *causa debendi*, donc il n'y a pas d'*indebitum*, et la transaction elle-même ne peut, en règle générale, être attaquée pour cause d'erreur (1).

c. Il n'y a pas lieu à la *condictio indebiti*, quoiqu'il y ait erreur dans le paiement, lorsque ce paiement, bien qu'il n'ait pas de cause civile, a cependant une cause naturelle. Le fils de famille après être sorti de puissance paie le *mutuum* qu'il avait contracté sous puissance, croyant qu'il y est obligé : il n'y a pas là d'*indebitum*, car il existe une cause naturelle de la dette. Il en est de même dans le cas de la L. 2, C. VI, 42, où l'héritier a payé un legs que le testateur a fait dans un testament non valide; dans ce cas, il n'y a pas lieu à répétition, parce qu'il y a devoir de conscience à satisfaire la volonté du défunt. C'est ici une *causa pietatis* qui établit une espèce d'obligation naturelle, que nous avons appelée dérivée (2).

Il n'y a pas lieu enfin à la condiction, quoiqu'il y ait paiement fait par erreur, lorsque l'erreur étant de droit a pour effet de priver le payant seulement d'un gain à faire, sans le priver du sien (3).

851. D'après quelques auteurs il faudrait non seulement que celui qui fait le paiement indu fût dans l'erreur, mais que l'*accipiens* se fût également trompé en recevant le paiement, pour qu'il y ait lieu à la *condictio indebiti*, car, disent-ils, si l'*accipiens* était de mauvaise foi il y aurait lieu à la *condictio furtiva*. Cette opinion s'appuie sur la L. 18, D. XIII, 1.

Si le paiement indu n'avait pour objet que les choses corporelles auxquelles peut s'appliquer la notion du vol, nous regarderions cette opinion comme exacte dans sa généralité, car l'on ne saurait admettre, comme le font quelques-uns, que là où d'après la L. 18, il y a vol, il puisse y avoir concours électif de la *condictio furtiva* et de la *condictio indebiti*; ces deux actions ne sauraient concourir

(1) L. 65, §§ 1 et 2, D. XII, 6.

(2) L. 26, § 12, D. XII, 6. — Comp. L. 32, § 2, D. *eod.*, et ce que nous avons dit plus haut aux nos 30 et 39.

(3) L. 10, C. I, 18; — L. 9, § 5, D. XXII, 6; — L. 7, D. *eod.*

dans la même personne, par le motif péremptoire qu'on ne peut à la fois avoir conservé et n'avoir pas conservé la propriété d'une chose. En effet, la *condictio indebiti* exige qu'on ait perdu la propriété par le paiement, la *condictio furtiva* suppose qu'on l'a conservée; donc il est impossible que la même personne puisse recourir, ne fût-ce qu'électivement, à l'une ou à l'autre action; et dès lors, quand il s'agit de choses corporelles, on doit dire que la *condictio indebiti* ne s'intente que contre l'*accipiens* de bonne foi, contre celui qui est devenu propriétaire par le paiement.

Vainement objecterait-on la L. 37, D. XII, 6, où il est dit : *Eo nomine condictionem mihi esse, omnimodo puto, sive scisses meum esse, sive ignorasses.* Cette loi, loin de prouver que la *condictio indebiti* puisse aussi s'intenter contre celui qui a reçu une somme de mauvaise foi, établit plutôt le contraire, puisque le jurisconsulte ne nomme pas cette action, mais se sert de l'expression plus générale de *condictio,* qui convient à la *condictio furtiva* tout aussi bien qu'à la *condictio indebiti,* suivant qu'il y eu erreur ou non de la part de celui qui a reçu le paiement.

Cependant nous croyons qu'il n'est pas exact de dire généralement que la *condictio indebiti* ne peut être intentée que contre l'*accipiens* qui a été de bonne foi, c'est-à-dire qu'elle requiert nécessairement la bonne foi de celui-ci pour qu'elle puisse être intentée; car si cela était vrai généralement, comme l'idée de vol ne s'applique pas au paiement qui consiste *in faciendo,* il en résulterait que celui qui a payé un indu qui consiste *in faciendo* aurait la *condictio indebiti* si l'*accipiens* a été de bonne foi, et qu'il ne l'aurait pas s'il a été de mauvaise foi.

Disons donc qu'il n'est pas nécessaire, pour que la *condictio* soit intentée, que l'*accipiens* aussi ait été de bonne foi; il suffit que celui qui a fait le paiement ait erré; et ajoutons que si l'*accipiens* est de mauvaise foi, il peut arriver qu'il y ait lieu aux actions du vol. Il résulte même de la L. 18, D. XIII, 1, qu'il y a un cas où la *condictio indebiti* peut concourir avec la *condictio furtiva,* si pas dans la même personne, nous venons d'en montrer l'impossibilité, au moins dans des personnes différentes et seulement, comme le dit la loi, d'une manière élective, d'après ce principe

général que deux actions *rei persecutoriae* ne peuvent pas être cumulées. Si Titius, croyant que je dois une certaine somme à Mœvius, qui sait que je ne dois rien, paie cette somme de ses deniers, il aura la *condictio furtiva,* car ce sont ses deniers à lui que l'*accipiens* aura appréhendés frauduleusement. Mais moi aussi, ajoute le texte, si je ratifie le paiement j'aurai la condiction, non pas la *condictio furtiva,* car ce ne sont pas mes deniers qui ont été volés, mais la *condictio indebiti,* parce que pour avoir la *condictio indebiti* il suffit d'avoir perdu, et qu'en ratifiant le paiement je suis devenu débiteur de Titius et par conséquent constitué en perte. Mais, ajoute la L. 18 *in fine,* les deux actions ne peuvent concourir cumulativement, une condiction consume l'autre, *sed altera condictione, altera tollitur.*

Il résulte de là, qu'en thèse générale il n'est pas exact de dire que la *condictio indebiti* ne s'intente que contre celui qui a reçu le paiement par erreur; elle peut généralement être intentée alors même que le paiement a été reçu sciemment, pourvu qu'il n'ait pas pour objet une chose corporelle qui tombe sous l'application du vol, car en droit romain il ne faut rien que la prise de possession frauduleuse de la chose d'autrui faite *invito domino* pour qu'il y ait vol; même, quand le paiement consiste en une chose corporelle, il peut y avoir lieu à la *condictio indebiti* contre celui qui l'a reçu sciemment, si, comme le suppose la L. 18, le mandataire a payé l'*indebitum* de ses propres deniers et qu'il y ait eu ratification.

852. Quant à la personne qui a le droit d'intenter la *condictio indebiti,* on suit les règles du *mutuum.* Ce n'est pas toujours celui qui a fait le paiement, c'est quelquefois celui au nom de qui il a été fait, qui intente l'action. Ainsi, lorsque le mandataire fait un paiement indu au nom du principal, soit que le mandat ait précédé le paiement, soit qu'il y ait eu ratification, ce sera le principal qui intentera la *condictio indebiti* (1). Il en est de même si le tuteur a fait des paiements indus au nom du pupille (2).

(1) L. 6, D. XII, 6.
(2) L. 57 et L. 67, § 1, D. XII, 6.

J'ai promis de payer une somme que je ne devais pas, et j'ai donné caution à cet effet : il y a ici une novation sans cause, donc encore je ne dois pas, quoique je croie devoir; ma caution paie cette prétendue dette : Celsus décide à la L. 47, D. XII, 6, que si la caution a payé en mon nom, j'aurai la *condictio indebiti* contre le stipulant, et que je serai tenu envers la caution *actione mandati contraria;* ici ma ratification n'est pas nécessaire, parce que le cautionnement même implique mandat de ma part à la caution à l'effet de payer, soit en son nom, soit en mon propre nom. Si cependant la caution a payé en son nom, elle aura la *condictio indebiti* contre le stipulant; mais, comme il y a toujours mandat, si au moyen de cette action elle n'obtient pas tout ce qu'elle a payé, elle aura contre moi l'action *mandati contraria,* parce que sans le mandat, elle n'aurait pas fait cette perte.

853. Si j'avais un mandataire général qui eût payé en mon nom un *indebitum* et que je n'eusse point ratifié, il y aurait lieu à répétition, *posse repeti,* dit la L. 6, D. XII, 6. — Remarquons que payer une chose que le principal ne doit pas, n'est point un fait qui rentre dans les pouvoirs d'un mandataire général; que par conséquent, sans ratification, le paiement de l'*indebitum* ne lie pas le principal vis-à-vis du mandataire général, bien que du reste le mandataire général soit autorisé à payer les dettes réelles. — La L. 6 dit qu'il y aura lieu à répétition, mais qui répètera? Le paiement sera-t-il censé fait seulement au nom du principal? Non, puisqu'il ne le ratifie pas. Il sera donc fait par le mandataire qui ne devait pas, et par conséquent ce mandataire, soit qu'il ait payé de ses propres deniers, soit qu'il ait payé des deniers du principal, aura la *condictio indebiti,* ou plutôt la *condictio sine causa,* car il a payé pour une cause qui n'existait pas, il a payé pour obtenir la libération d'une personne qui n'était pas obligée.

Il en est de même du tuteur qui paie un *indebitum.* Si, dit la L. 67, § 1, D. XII, 6, ce paiement n'avait pas été accepté en compte, si le tuteur avait pu savoir que la chose n'était pas due, si ce paiement indu avait été fait par sa faute, le tuteur aurait la répétiton. La L. 67, D. XII, 6, s'exprime de la même manière que la L. 6, D. *eod.*, elle ne nomme pas la *condictio indebiti,* car

l'action du tuteur de même que celle du mandataire, est plutôt une *condictio sine causa;* ils ont payé pour libérer respectivement le principal, le pupille, et cette cause de paiement n'existait pas.

Ainsi, en résumé, la *condictio indebiti* est intentée par celui au nom de qui le paiement indu est fait. Si cependant il ne ratifie pas le paiement, comme dans le cas d'un mandat général ou d'une tutelle, le payant, mandataire ou tuteur, aura la répétition par la condiction, qui selon nous est plutôt une *condictio sine causa* qu'une *condictio indebiti.*

854. Lorsque le possesseur de bonne foi d'une succession a fait des paiements indus, a payé des légataires qui n'avaient aucun droit aux legs, soit parce que le testament était inofficieux ou rompu (1), soit parce qu'il a été révoqué (2), le possesseur de bonne foi ne doit ni perdre ni profiter de ce qu'il a fait; il devra donc céder la *condictio indebiti* au véritable héritier. C'est pourquoi la L. 2, § 1, D. XII, 6, dit qu'en pareil cas la *condictio* appartient non pas au possesseur de bonne foi qui a fait le paiement, mais à celui à qui la succession aura été adjugée.

La L. 3, D. *eod.*, contient une décision semblable. Un mineur qui avait accepté une succession et payé les légataires, s'est fait restituer contre son acceptation; l'héritier du degré suivant vient accepter; des legs ont été payés sans la retenue du quart : le mineur aura-t-il la *condictio indebiti* et sera-t-il lui-même responsable envers l'héritier de ce qu'il a payé indûment? Ce serait contraire à la restitution en entier; le mineur, dans ce cas, est assimilé au possesseur de bonne foi, il ne doit non plus ni gagner ni profiter; il ne sera pas responsable des paiements qu'il a faits indûment au détriment de la succession, il cédera la *condictio indebiti,* ou plutôt l'héritier l'intentera même indépendamment de la cession, et le mineur sera déchargé de toute responsabilité.

855. Nous venons de voir qui peut intenter la *condictio indebiti,* il nous reste à montrer contre qui elle peut s'exercer.

Cette action ne s'intente pas toujours contre celui qui a reçu le

(1) L. 2, § 1; L. 3, D. XII, 6.
(2) L. 1, D. *eod.*

paiement, mais quelquefois aussi contre celui au nom de qui il est accepté, soit que ce dernier ait donné mandat pour le recevoir, soit qu'il ait ratifié l'acceptation faite en son nom. Cependant, pareillement à ce que nous venons de voir, si je fais un paiement indu à un mandataire, quoique le mandat général implique pouvoir à l'effet de recevoir les paiements, cependant, comme il n'implique pas pouvoir à l'effet de recevoir ce qui n'est pas dû, le paiement indu ne saurait être censé accepté pour le compte du principal si ce dernier ne ratifie point. Dès lors, ce ne sera pas le principal, mais le mandataire général qui sera tenu de la *condictio indebiti*, si la ratification n'intervient pas (1). De même, dit la L. 57, D. XII, 6, si je donne mandat à quelqu'un pour recevoir le paiement d'une créance et que le mandataire reçoit au-delà de ce qui est dû, ce sera lui qui sera soumis à la *condictio indebiti*. Il en est autrement si j'ai commis le mandataire à l'effet de recevoir pour moi telle somme que j'ai déterminée, et qui dépasse le montant de ce qui m'est réellement dû; dans ce cas, j'ai ratifié à l'avance l'acceptation de ce qui est indûment payé, et je serai soumis à la condiction.

856. Il y a paiement indu, dit la L. 65, § 9, D. XII, 6, non seulement lorsqu'on paie ce qui n'est dû par personne, mais encore lorsqu'on paie à celui qui n'est pas créancier et qui n'a pas pouvoir du créancier (2), ou lorsqu'on paie ce qu'un autre doit, sans agir en son nom mais croyant devoir soi-même (3).

Je fais un paiement à un *falsus procurator*, il se peut que je sois débiteur de la personne que je crois être représentée par le *falsus procurator*, il se peut que j'aie un créancier; il se peut aussi que je n'en aie pas, que j'aie payé un indu, dans le sens absolu du mot. Ces deux hypothèses sont successivement examinées à la L. 14, D. XII, 4, qui donne les solutions que voici :

1° Au cas où j'ai payé un indu au *falsus procurator*, j'aurai la répétition contre ce dernier, si celui que je crois représenté ne

(1) L. 6, §§ 1 et 2, D. XII, 6.
(2) L. 14, D. XII, 4.
(3) L. 19, § 1, D. XII, 6.

ratifie pas; s'il ratifie, j'aurai la répétition contre le représenté, contre le *dominus.*

2° Que si j'ai un créancier, mais que le paiement fait au *falsus procurator* ne soit pas ratifié, j'aurai la répétition contre le *falsus procurator*, non pas précisément la *condictio indebiti*, mais la *condictio causa non secuta*, car je lui ai payé pour être libéré et je ne le suis pas, la ratification n'étant pas intervenue; ou bien, ajoute le même texte, j'aurai contre lui les actions du vol. Or, comme la *condictio indebiti*, la *condictio causa data causa non secuta*, la *condictio sine causa* supposent toutes qu'il y ait transport de la propriété, et que par conséquent elles ne pourraient concourir avec la *condictio furtiva*, il s'agit de savoir quand il y a lieu, comme le dit Paul, à la *condictio causa data causa non secuta*, et quand à la *condictio furtiva*.

Il y a lieu à la condiction *causa non secuta*, lorsque je paie à une personne qui n'a pas mandat, ou dont le mandat a été révoqué et qui ne me laisse pas ignorer son défaut de qualité, mais qui me promet de faire ratifier le paiement par le créancier. Il y a lieu à la *condictio furtiva*, lorsque je paie à une personne qui se fait passer pour mandataire, tandis qu'elle ne l'est pas, et qui reçoit la somme payée avec l'intention de la garder pour elle, tandis que le payant la lui remet comme si dans sa personne il la remettait au créancier lui-même. Il y a dans ce dernier cas *contrectatio fraudulosa;* donc pas de transport de la propriété, et les actions du vol pourront être intentées.

D'un autre côté, si je crois devoir, tandis qu'un autre doit, je ne paie pas moins l'indu (1). Me croyant héritier, je crois par cela même être débiteur des créances de la succession, je les paie; ensuite je suis évincé de l'hérédité : j'aurai la *condictio indebiti*, car je n'étais pas débiteur et je n'ai payé ni au nom du véritable héritier, ni au nom de la succession considérée comme personne morale, car, par cela que je me suis regardé moi-même comme héritier, il ne pouvait y avoir dans mon opinion d'autre héritier que je voulusse libérer, il ne pouvait y avoir non

(1) L. 19, § 1, D. XII, 6.

plus d'autre succession au nom de laquelle je voulusse m'engager. Dans l'opinion de celui qui se porte héritier, il n'y a plus de succession considérée comme personne morale, il n'y a plus d'autre héritier. Il suit infailliblement de là que ce que j'ai payé est un *indebitum* payé par erreur, que je puis le répéter, et que les véritables héritiers demeurent obligés par conséquent envers les créanciers de la succession, comme le dit la L. 19, § 1, D. XII, 6.

Cependant cette L. 19 qui accorde à l'héritier apparent la *condictio indebiti* contre les créanciers de la succession, paraît être contredite par deux textes qui exigent un examen attentif : les L. 44, D. XII, 6, et L. 5, C. III, 31.

La L. 44 pourrait à la rigueur être conciliée encore avec la L. 19, car lorsque la première dit qu'il n'y a pas de répétition à poursuivre contre le créancier qui a reçu le sien, fût-ce d'une personne autre que le débiteur, on peut admettre que ce texte ne s'applique qu'au cas où cette personne autre a payé au nom du débiteur, puisque c'est à cette condition seule qu'on peut dire avec la L. 44, que le créancier a reçu le sien, *suum;* d'où résulterait que le cas de la L. 19, D. XII, 6, et celui de la L. 44, D. *eod.*, ne seraient pas identiques. Mais lorsqu'avec ces deux textes on compare la L. 5, C. III, 31, la conciliation devient impossible; le cas de la L. 5 et celui de la L. 19 sont absolument identiques, et les décisions sont formellement contraires. Si vous avez succombé dans l'action en pétition d'hérédité, dit la L. 5, vous déduirez en restituant l'hérédité, ce que vous aurez payé aux créanciers de la succession, car ces créanciers ont reçu ce qui leur est dû. Là où la L. 19 accorde à l'héritier apparent la *condictio indebiti* contre les créanciers de la succession, la L. 5 la leur refuse et veut que l'héritier apparent, lors de la restitution de l'hérédité, porte en déduction les paiements qu'il a faits aux créanciers; il n'y a donc pas ici de conciliation possible.

Voet (1) admet qu'à la L. 5, Antonin a voulu déroger à l'ancien droit pour le cas où l'héritier apparent a payé des choses qui lors

(1) Voet *ad Pand.*, XII, 6, n° 9.

de la restitution de l'hérédité se trouvent dans la succession, par exemple, de l'argent; dans ce cas, dit-il, la compensation peut s'établir de suite; si l'héritier apparent retient pareille somme, personne n'en souffrira et on évitera un circuit d'actions. D'après cette théorie, deux cas doivent donc être distingués : 1° Le défunt était débiteur de choses telles qu'il ne s'en trouve pas dans la succession lors de la restitution de l'hérédité : en ce cas, l'héritier apparent qui a payé les créanciers, aura la *condictio indebiti*, et le véritable héritier restera débiteur. Ce serait l'hypothèse de la L. 19. — 2° Le défunt était débiteur de choses qui se trouvaient dans la succession lors de la restitution : dans ce cas l'héritier apparent qui a payé les créanciers, retiendra ce qu'il a payé, en restituant l'hérédité.

D'après cette interprétation de Voet, et lorsqu'on compare ce que nous venons de dire avec ce que nous avons dit au n° 854, trois cas seraient à distinguer quand il s'agit de paiements faits par l'héritier apparent.

1° Cet héritier paie ce que personne ne doit, il paie des legs non dus avec les deniers de la succession (1) : dans ce cas, le véritable héritier aura la *condictio indebiti*, car le possesseur de bonne foi ne doit perdre ni gagner, il cédera la *condictio indebiti*.

2° Il paie des choses dues, et au moment de la restitution il se trouve des choses semblables dans la succession; dans ce cas il les retiendra jusqu'à concurrence de ce qu'il a payé, et le créancier conservera ce qu'il a reçu.

3° Il paie des choses dues, et au moment de la restitution de l'hérédité, il ne s'y trouve pas de choses semblables : dans ce cas, selon Voet, il faudrait suivre la L. 19, § 1, D. XII, 6, et dire que l'héritier apparent aura la *condictio indebiti* contre les créanciers de la succession, et que le véritable héritier restera débiteur.

Mais je crois que la dérogation de la L. 5, C. III, 31, va plus loin, et que dans tous les cas, soit qu'il y ait dans l'hérédité des choses semblables à celles qui ont été payées, soit qu'il n'y en ait pas, l'héritier apparent, qui d'après un principe introduit par un

(1) L. 2 et L. 3, D. XII, 6.

sénatusconsulte rendu sous Adrien, ne doit ni perdre ni gagner, peut se faire rembourser du véritable héritier ce qu'il a payé de bonne foi aux créanciers de la succession. La décision d'Antonin à la L. 5 est donc une conséquence du principe introduit par son prédécesseur; or, comme le jurisconsulte Paul est postérieur à Antonin, il tient compte de ce changement à la L. 44, tandis que Julien, antérieur à Antonin, n'y pouvait avoir égard à la L. 19, qui n'est donc que l'application d'une disposition abrogée.

En résumé donc, celui qui paie en son propre nom ce qu'un autre doit, et croyant devoir lui-même, paie un *indebitum :* telle est la règle. Mais s'il est héritier apparent, possesseur de bonne foi de l'hérédité, il se fera rembourser par le véritable héritier : telle est l'exception.

857. La condiction *indebiti* passe à l'héritier; en effet elle est *rei persecutoria,* elle est fondée sur l'équité.

Elle compète aussi au fidéjusseur, lorsque de bonne foi il a payé en son nom pour éteindre l'obligation qu'il avait contractée par la stipulation fidéjussoire, ainsi que nous l'avons vu plus haut, en expliquant la L. 47, D. XII, 6. La caution, dit la L. 47, peut payer directement au nom du débiteur principal; dans ce cas, c'est ce dernier qui a la condiction et la caution a contre lui l'action *mandati contraria.* La caution peut aussi payer en son propre nom pour éteindre l'obligation qui lui est personnelle, l'obligation née de la stipulation fidéjussoire; en ce cas elle a elle-même la condiction *indebiti,* et l'action *mandati* n'est que subsidiaire.

858. Si deux débiteurs solidaires paient plus qu'ils ne doivent, à qui compètera la condiction *indebiti?* — La question se résout par une distinction.

Si deux choses sont dues alternativement, si les deux débiteurs solidaires ont promis des choses différentes mais de manière qu'une seulement soit due, et que par erreur les deux choses aient été payées en même temps par les deux débiteurs solidaires, la L. 21, D. XII, 6, dit que les débiteurs primitifs ne pourront pas redemander chacun une moitié, pour ce motif que le créancier, au lieu de conserver l'une ou l'autre chose, conserverait alors deux moitiés de choses différentes; par conséquent, dit la L. 21, le créan-

cier restituera l'une des deux choses, à son choix, à celui des débiteurs qui la lui aura payée. Si les deux choses avaient été payées successivement, comme le premier paiement aurait éteint toute la dette, il n'aurait pas impliqué d'*indebitum;* il s'ensuit que le second paiement seul constituerait l'indu et serait sujet à répétition.

Lorsque deux débiteurs solidaires n'ont promis qu'une seule chose et n'en doivent qu'une, par exemple 1000 fr., et que par erreur ils paient tous les deux cette même chose, il faudra encore distinguer s'ils ont fait ce paiement ensemble ou bien séparément. Si devant dix, deux débiteurs solidaires ont payé vingt ensemble, chacun d'eux redemandera cinq; il en serait de même, si l'un avait été débiteur principal et l'autre sa caution (1). Cependant dans ce cas, ajoute Pothier, pour éviter un circuit d'actions on doit accorder la répétition de tout ce qui n'était pas dû (2). Que si le paiement a eu lieu séparément, le second payant aura seul payé un indu et aura seul la *condictio* (3).

859. En général, comme nous l'avons déjà montré, la condiction *indebiti* s'applique à tout ce qui a été fait indûment et par erreur, soit paiement, transport de la propriété, de la possession, soit promesse, soit libération indue. Quant à sa dénomination, cette action, lorsqu'elle a pour objet des faits ou des choses incorporelles, est appelée souvent *condictio incerti* (4); lorsqu'elle a pour objet des choses corporelles, elle est une *condictio certi,* quoique d'après quelques-uns ces mots ne conviennent qu'au cas où elle a pour objet une somme d'argent.

Pour déterminer ce qui est l'objet de la *condictio indebiti,* il faut, d'après Mühlenbruch, distinguer différents cas; mais tous ces cas sont régis cependant par la double considération que nous avons indiquée au commencement, à savoir, que dans le système du droit romain la *condictio indebiti* est *stricti juris* et comparée au *mutuum* comme dérivant d'une dation, et qu'il résulte de là qu'elle ne saurait avoir pour objet que la chose même qui a été

(1) L. 19, § 4, D. XII, 6. — L. 20, D. *eod.*
(2) Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti,* n° 140.
(3) L. 23 et L. 67, § 2, D. XII, 6.
(4) L. 5, D. XIX, 1; — L. 2, § 3, D. XXXIX, 5.

donnée, avec celles des accessions qui étant naturelles, s'identifient avec cette chose; mais que son fondement étant dans l'équité, elle peut avoir pour objet moins que ce qui a été donné, parce que l'équité exige que celui qui a reçu le paiement indu de bonne foi, ne soit tenu qu'à concurrence de ce dont il est enrichi.

Si je donne une caution croyant être obligé, j'intenterai la condiction *indebiti* pour que cette caution soit libérée. Dans l'espèce de la L. 1, D. XXXVI, 4, un héritier est grevé d'un legs conditionnel ou à terme, mais le testateur a par son testament défendu au légataire d'exiger une caution; néanmoins l'héritier donne ce cautionnement; trois hypothèses sont discutées dans ce texte. — 1° L'héritier a donné le cautionnement sciemment, c'est-à-dire sachant qu'il ne devait pas. — 2° Il a donné ce cautionnement ignorant la disposition du testateur; dans ce cas il pourra répéter la *satisdatio* en demandant que la caution soit libérée. — 3° Il a connu la disposition du testateur, mais il a erré en droit, il a cru que le testateur n'avait pas le droit de dispenser l'héritier de donner caution; dans ce cas encore, *benigne receptum est...* il pourra demander que la caution soit libérée. Que si cependant l'héritier n'a pas demandé la libération de la caution, et qu'à l'avènement de la condition ou du terme, la caution soit poursuivie, celle-ci pourra elle-même exciper de ce que le cautionnement a été donné indûment (1).

1° L'héritier qui s'est cru obligé de vendre un objet au légataire, pourra opposer l'exception *doli* au légataire demandeur; il pourra aussi demander d'être restitué contre la vente par la condiction *incerti*, qui est ici la condiction *indebiti*, car il s'est trompé sur une *causa vendendi* qui, si elle avait existé, l'eût forcé de vendre (2). Je crois vous devoir, mais je ne vous dois pas; vous me déléguez un tiers à qui vous voulez faire une donation; ce tiers stipule et je promets de lui payer ce que je crois vous devoir; j'aurai l'exception *doli* contre le délégataire, le stipulant, ou bien je pourrai par la condiction *incerti* demander que je sois libéré.

(1) L. 5, D. XIX, 1.
(2) L. 2, § 3, D. XXXIX, 5.

2° Si par erreur un cautionnement n'a pas été exigé, comme au cas où l'héritier a payé la chose léguée sous une condition négative et potestative de la part du légataire, sans avoir exigé la caution mucienne, cet héritier aura la condiction *indebiti* pour obtenir la caution ou, si l'on veut, pour répéter le legs sauf restitution moyennant caution (1).

3° Si un fait a été presté indûment, il sera évalué, mais seulement suivant l'utilité qu'en a retirée celui à qui il a été presté, si celui-ci a été de bonne foi (2).

4° Si je transfère indûment à quelqu'un une chose dont je ne suis que possesseur de bonne foi, j'aurai la condiction *indebiti* pour redemander la possession de cette chose; je l'aurai même quoique cette chose ait été usucapée au titre où je l'ai transférée avant que j'aie découvert mon erreur, parce que, lorsque je transfère à un autre la *causa usucapiendi,* je suis censé lui avoir transféré la chose même; or, ce n'est que par la possession de trente ans qu'on peut se défendre contre la condiction *indebiti* qui est une action personnelle. D'un autre côté, le propriétaire ne pourrait pas revendiquer la chose; il n'a qu'une action réelle qu'on peut repousser par l'usucapion, parce que le possésseur de bonne foi ne lui est pas personnellement obligé (3).

5° Lorsqu'un *genus* ou une *quantitas* a été payée, *tantumdem repetitur,* disent les textes, c'est-à-dire que, comme dans le *mutuum,* ce sera pareille quantité de pareille qualité qui devra être rendue (4). Cependant nous croyons avec Waechter que ce n'est là que la règle, et que si le paiement n'a pas enrichi l'*accipiens,* si les choses ont péri, il ne doit rien; qu'en un mot il ne doit qu'à concurrence de ce dont il est enrichi (5). Les intérêts ne sont dus dans aucun cas, pas même à partir de la demeure, et cela par le motif, comme le dit Mühlenbruch (6), que la condiction *indebiti* dans le système du droit romain, est *stricti juris.* Cette considéra-

(1) L. 39, D. XII, 6.
(2) L. 26, § 12, et L. 40, § 2, D. XII, 6.
(3) L. 16, D. XXXIX, 6; — L. 15, § 1, D. XII, 6.
(4) L. 7, D. XII, 6.
(5) Comp. L. 26, § 12, et L. 65, § 8, D. XII, 6.
(6) *Doctrina Pand.*, § 381, note 7. — Comp. GLUCK, *Pand.* XIII, p. 156-165.

tion, ajoute-t-il, tranche la controverse qui s'est élevée à cet égard dans la pratique. Si cependant l'*accipiens* avait été de mauvaise foi en recevant le paiement, ce serait la condiction *furtiva* qui serait intentée contre lui (1).

Lorsqu'un capital est dû sans intérêts, et que, croyant devoir les intérêts, je les ai payés, puis-je les répéter? — Cette question était controversée dans l'ancien droit. La L. 25, D. XII, 6, prouve qu'il y avait une opinion d'après laquelle les intérêts non dus et payés par erreur d'un capital dû, ne pouvaient se répéter; mais Justinien, à la L. 5, C. IV, 32, a tranché la controverse dans le sens opposé. Il n'y a donc plus à distinguer entre l'indu payé comme capital et celui qui a été payé sous forme d'intérêts.

6° Lorsque le paiement indu consiste dans un corps certain, une *species*, cette chose sera considérée telle qu'elle est au moment de la demande, avec les accessions naturelles, c'est-à-dire avec les fruits et accessions; par exemple, y comprise l'utilité retirée des travaux de l'esclave, parce que toutes ces accessions venant de la chose, sont considérées comme la chose même. Toutefois, il faut qu'elles existent encore au moment de la demande (2). Aucuns dommages-intérêts ne sont dus ni du chef de la *culpa*, ni du chef de la demeure; cependant, à partir de la demeure celui qui a reçu le paiement commence à être tenu *ex litiscontestatione*, dès ce moment il est tenu de la faute et doit non seulement les fruits qu'il perçoit, mais ceux qu'il aurait pu percevoir. Si la chose périssait avant la litiscontestation, fût-ce par la faute de l'*accipiens*, il ne devrait rien. En est-il de même si l'esclave a été affranchi? La L. 65, § 8, D. XII, 6, répond en ces termes : *Si servum indebitum tibi dedi eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium ejus : si nesciens non teneberis; sed propter operas ejus liberti, et ut hereditatem ejus restituas.* Si la chose a été vendue, l'action devra être cédée ou le prix restitué, et si vil que soit ce prix, rien ne sera dû au-delà, si ce n'est que la rescision pourra être demandée pour cause de lésion. En un

(1) L. 18, D XXII, 6.
(2) L. 15 *pr.* et L. 65, § 5, D. XII, 6.

mot, l'*accipiens* n'est tenu qu'à restituer la chose qu'il a reçue avec les accessions naturelles, et en cas de perte il n'est tenu qu'à concurrence de ce dont il demeure enrichi (1).

Si la chose avait été vendue au-delà de sa véritable valeur, serait-ce ce prix ou bien la valeur réelle de la chose qui devrait être restituée au demandeur? Ce ne serait que la valeur réelle, parce que ce n'est qu'en cas de perte qu'on suit le principe que le défendeur est tenu de ce dont il est enrichi, et que d'ailleurs ce qui reste au défendeur provient non pas du paiement indu, ni de celui qui a fait le paiement, mais du contrat intervenu entre l'*accipiens* et son acheteur.

Il est utile de remarquer que celui qui restitue la chose indûment payée, a droit, comme tout possesseur de bonne foi, au remboursement des impenses qu'il a faites, soit pour la conservation de la chose, soit pour recueillir les fruits qui sont restitués (2).

860. En général, tout demandeur doit prouver ce qu'il avance. Celui qui intente la *condictio indebiti* doit donc prouver : 1° Qu'il a fait le paiement; 2° que ce paiement était indu; 3° qu'il a erré.

Le défendeur ne doit, en général, faire aucune preuve; il n'est pas tenu de prouver que le paiement était réellement dû. Le défendeur qui ne dénie pas le paiement et qui affirme qu'il a été dû, doit en être cru jusqu'à preuve contraire, parce qu'il a pour lui le fait du paiement auquel s'attache la présomption de la dette (3). Cependant cette règle souffre trois exceptions :

1° Si le défendeur, au lieu de convenir du paiement, le dénie faussement, il doit établir que le paiement était dû et avait une cause; en déniant le paiement il renonce à la présomption que le fait du paiement eût établi en sa faveur, et étant déjà convaincu de mensonge, son affirmation sur la sincérité de la dette n'a plus aucune valeur. Il doit donc prouver que la dette était réelle, et, à défaut de cette preuve, il suffira, pour qu'il y ait répétition, que le demandeur ait prouvé qu'en réalité le paiement a eu lieu (4).

2° Il en est de même lorsque le paiement a été fait par un pu-

(1) L. 26, § 12, et L. 65, § 8, D. XII, 6.
(2) L. 65, § 5, et L. 26, § 12, D. XII, 6.
(3 et 4) L. 25, D. XXII, 3.

pille, un mineur, une femme, un soldat, un campagnard ou toute autre personne simple qui est présumée ne pas avoir le degré d'instruction ou de prévoyance nécessaire pour bien administrer ses affaires; dans ce cas, le créancier qui a reçu le paiement, si le fait même du paiement est dénié, doit être en mesure de prouver que le paiement était réellement dû (1).

3° Le défendeur doit encore prouver que le paiement était dû lorsque la *condictio indebiti* a pour objet, non pas la répétition d'un paiement, mais celui d'un billet ou d'une reconnaissance; il doit prouver que le billet a une cause; le demandeur n'a pas besoin de prouver que le billet est sans cause. Un tel billet est appelé par les auteurs *instrumentum indiscretum*, à cause des mots *indiscrete loquatur*, qui se trouvent à la L. 25, § 4, D. XXII, 3. Si le billet avait été payé, on resterait dans les règles générales; le demandeur aurait donc à faire toute la preuve, à prouver d'abord le paiement, ensuite la non-existence de la dette et l'erreur. Sur tous ces points, dit la L. 25, le demandeur peut, à défaut d'autres preuves, déférer le serment à son adversaire.

Pour ce qui est d'ailleurs de l'erreur, si le demandeur a établi les deux premiers points, il doit, à défaut de preuve du contraire, en être cru sur son serment, car cette preuve n'est que très-supplétoire.

861. Outre les cas déjà ci-dessus examinés, il en est quelques autres encore où la condiction *indebiti* n'est pas admise; c'est :

1° Lorsqu'on a payé une peine (2).

2° Lorsqu'une obligation est telle qu'en supposant qu'elle fût réelle, la dénégation de la part du débiteur entraînerait la peine du *duplum*, par exemple au cas d'un *damnum injuria datum*. Dans ce cas, on n'est plus admis à prétendre qu'il y avait *indebitum*, parce qu'en payant le *simplum* on est censé avoir voulu transiger (3). Par conséquent, il n'y aurait pas non plus lieu, en pareil cas, à la condiction *indebiti* du chef du cautionnement

(1) L. 25, § 1, D. XXII, 3.
(2) L. 42, D. XII, 6.
(3) § 7, Inst. III, 27.

qui aurait été donné par celui qui s'est faussement cru débiteur (1).

862. Une renonciation faite à l'avance, c'est-à-dire avant qu'on sache qu'on a payé un *indebitum*, ne peut être opposée à celui qui intente la condiction. On se demande, dit la L. 67, § 3, D. XII, 6, si la clause ajoutée ordinairement au solde de compte, *pariationibus :* que les parties renoncent à toute exception et à toute prétention ayant une cause antérieure à la clôture de leur compte, on se demande si cette clause empêche celle des parties qui aurait payé ou qui se serait laissé porter en compte ce qu'elle ne devait pas, d'intenter la condiction *indebiti?* — Le jurisconsulte répond que non; en effet, l'on ne saurait être censé renoncer à des droits que l'on ignore; or, si j'ai ignoré que j'ai payé ou que je me suis laissé porter en compte un *indebitum,* comment serait-il possible que j'eusse l'intention de renoncer à la prétention née de ce chef? Par ces motifs, tous les auteurs s'accordent à enseigner qu'on ne saurait renoncer par une convention générale à la condiction *indebiti.* Il y en a cependant qui ajoutent qu'on peut, même d'avance, y renoncer valablement, lorsque la renonciation est spéciale. Mais nous croyons que le même motif qui s'oppose à la validité de la renonciation générale, s'élève aussi contre la renonciation spéciale. Si j'ignore que j'ai payé un *indebitum,* comment renoncerais-je au droit qui me revient de ce chef?

Quand un paiement indu est fait, trois hypothèses sont possibles :

Je sais que je ne dois rien au moment où je paie : dans ce cas la renonciation sera superflue.

Je paie ignorant que je ne dois rien, mais au moment où je sais que je ne devais pas, je renonce à l'action : dans ce cas la renonciation est valable, parce qu'elle a un objet certain.

Je paie, ignorant que je ne dois rien et, avant que je sache que j'ai payé un *indebitum,* je renonce à la condiction; c'est le cas de la renonciation spéciale faite à l'avance : dans ce cas, nous croyons qu'il est plus conforme aux principes de décider que la renonciation est nulle. Toutefois, ce n'est là qu'un point de doctrine; le droit romain ne renferme point de texte sur la renonciation spéciale.

(1) L. 4, C. IV, 5.

DE LA CONDICTION *OB CAUSAM DATORUM.*

Sommaire.

---

863. La condiction *ob causam datorum,* appelée aussi condiction *causa data, causa non secuta,* est l'action qui a pour objet la répétition de ce qui a été donné pour une cause future, licite et obligatoire en soi, qui ne s'est pas réalisée.

864. Elle suppose trois conditions : un *dare;* une cause future, licite et obligatoire; la non-exécution de cette cause.

Le mot *dare* comprend ici les choses qui sont livrées et les libérations qui sont accordées; la L. 115, D. L, 17, dit en termes généraux que le débiteur qui a été dispensé de donner une chose, est censé l'avoir reçue (1). Mais la promesse n'est pas assimilée à la dation quand il s'agit de la condiction *ob causam datorum.* Si je promets une chose en vue d'une prestation, je n'ai pas besoin de la condiction pour rétracter cette promesse; je suis suffisamment protégé par l'*exceptio doli,* l'*exceptio non adimpleti contractus.* Pour

(1) Comp. L. 10, D. XII, 4.

ce motif la L. 115, D. L, 17, après avoir dit que celui qui a été dispensé de livrer la chose due, est censé l'avoir reçue, ajoute : mais celui qui a stipulé une chose, n'est pas censé l'avoir reçue, s'il peut être repoussé par l'exception, c'est-à-dire si la promesse a été faite pour une cause à laquelle il n'a pas satisfait.

865. Pour qu'il y ait lieu à la condiction *ob causam datorum*, il faut que ce qui a été donné dans le sens ci-dessus déterminé, l'ait été pour une cause future, c'est-à-dire en vue de quelque contre-prestation ou de quelque charge de la part de celui qui a reçu. Les conditions que doit réunir la *causa*, sont :

a. Qu'elle soit future. — Si je donne pour une *causa praeterita*, trois cas sont possibles :

Si cette cause est réelle, si elle m'a constitué débiteur, ne fût-ce que naturellement, il ne saurait y avoir lieu à aucune action.

Si cette cause n'existait pas réellement, j'ai la condiction *indebiti*, pourvu que j'aie été dans l'erreur et que cette cause, en supposant qu'elle eût existé, m'eût juridiquement obligé.

Si cette cause n'existait pas et si je n'ai pas été dans l'erreur, si j'ai su que je ne devais pas; ou bien encore si j'ai été dans l'erreur, mais que la cause sur laquelle je me suis trompé, ne m'eût pas juridiquement obligé, dans cette double hypothèse je n'ai pas d'action. La L. 52, D. XII, 6, fait cette distinction en désignant la *causa praeterita* par le mot *causa* seulement, et la *causa futura* par le mot *res*. La L. 1 *pr*. et § 1, D. XII, 5, distingue dans le même sens. — Remarquez que quand la L. 52 ajoute que celui qui a donné *ob causam praeteritam* ne peut pas répéter, cette *causa praeterita* n'existât-elle pas, fût-elle *falsa*, on doit appliquer cela au cas où la *causa praeterita*, en supposant même qu'elle eût existé, n'aurait pas créé une obligation dans le sens juridique.

b. La *causa futura* doit en outre être licite et honnête. Si la *datio* avait lieu *ob turpem vel injustam causam*, alors il n'y aurait jamais lieu à la condiction *causa data, causa non secuta*, mais ou bien il n'y aurait pas d'action s'il y avait *turpis causa* de part et d'autre, ou il y aurait lieu à la condiction *ob turpem causam*, s'il n'y avait aucune turpitude de la part de celui qui a donné.

c. La cause future et licite doit être déterminée, c'est-à-dire

obligatoire. Si la dation était faite sans *causa*, soit passée soit future, ou si elle était faite pour une cause indéterminée, pour une cause qui ne crée pas une obligation juridique, par exemple si vous donnez à une personne, dit la L. 3, § 7, D. XII, 4, afin qu'elle vous ait de la reconnaissance ou qu'elle vous soit plus attachée, vous ne pourrez rien répéter en alléguant que vous avez été trompé dans votre attente. Vous vous étiez proposé, dit la L. 1, C. IV, 6, d'engager une personne à vous accompagner dans un voyage dont vous l'avez entretenue, vous lui avez donné une somme dans le but de la déterminer; toutefois vous avez eu la légèreté de ne pas en faire une condition expresse de la dation : vous n'aurez pas de répétition.

866. Pour qu'il y ait lieu à la condiction *causa data, causa non secuta*, il faut enfin comme l'indique la dénomination même de l'action, que la cause pour laquelle on a donné, c'est-à-dire que la contre-prestation qu'on a stipulée, que la charge qu'on a imposée, n'ait pas eu lieu.

867. Mais en quoi consistera cette *causa non secuta?* — Il faut ici distinguer les contrats innommés des contrats nommés. S'agit-il de contrats innommés, elle consiste en ce que la contre-prestation qu'avait assumée l'obligé, le *recipiens*, n'a pas eu lieu. Mais ici se présentent plusieurs questions :

a. La condiction peut-elle être intentée pour l'inexécution de cette contre-prestation, quelle que soit la cause de cette inexécution? Peut-elle être intentée lorsque l'inexécution n'est pas imputable à celui qui a été obligé par la dation, tout aussi bien que lorsqu'elle lui est imputable?

b. Peut-elle être intentée sans que celui qui a été obligé par une dation ait été sommé, constitué en demeure, *ex dantis poenitentia*, ou bien faut-il sommation préalable, faut-il qu'il ait été constitué en demeure?

Des auteurs enseignent que dans les contrats innommés fondés sur un *dare*, la condiction *causa data causa non secuta*, peut être intentée alors même que celui qui a été obligé par une dation, n'a pas pu exécuter sa promesse, et que dans ces mêmes contrats celui qui a fait la dation peut répéter ce qu'il a donné, *ex poenitentia*.

Ces deux propositions, nous les avons déjà discutées plus haut (1). Nous nous bornons donc à reproduire cette conclusion que nous avons établie quant à la première, à savoir, que dans les contrats innommés comme dans les contrats nommés, le débiteur d'une *species* est libéré par la perte fortuite de la chose; d'où il suit que si le *permutans* qui a été obligé par une dation, est mis dans l'impossibilité de livrer la *species*, objet de la contre-prestation, il sera censé avoir accompli son obligation, et par conséquent la condiction *causa data causa non secuta*, ne pourra s'intenter contre lui (2). Dans ce cas, on suit tout-à-fait les règles de la vente.

Il y a cependant des cas où celui qui a donné, peut répéter, quoique l'exécution d'autre part soit devenue impossible; c'est lorsque le contrat innommé dans son espèce, a de l'analogie soit avec le mandat qui est révocable, soit avec la *locatio operarum* qui se résout lorsque celui qui doit prester le fait ne peut le faire. C'est pourquoi Ulpien, à la L. 5, § 3, D. XII, 4, fait la distinction que voici. Je vous ai donné de l'argent pour que vous affranchissiez votre esclave, avant l'exécution l'esclave a pris la fuite : puis-je répéter par la *condictio causa data, causa non secuta?* Non, dit Ulpien, si cet esclave était pour vous un objet vénal, si vous aviez l'intention de le vendre; je puis dans ce cas aussi peu répéter ce que j'ai donné, que je ne pourrais répéter le prix si j'avais réellement acheté l'esclave. Mais, ajoute Ulpien, la répétition a lieu si votre intention n'était pas de le vendre, car alors vous êtes considéré comme mon mandataire, comme ayant reçu la somme pour les frais d'exécution. Or, cette exécution étant devenue impossible, je puis répéter ce que j'ai donné.

Si j'ai donné une chose pour qu'un ouvrage soit fait, et que l'exécution devienne impossible à celui qui doit l'ouvrage, si *per eum stetit*, qu'il y ait faute ou non, je puis répéter ce que j'ai donné, parce qu'il y a ici analogie avec le louage d'ouvrages; je

(1) Voyez, pour la première proposition, les nos 288 et suivants et 532; pour la seconde, les nos 89 et 534.

(2) C'est ce qui résulte, comme nous l'avons montré, des L. 5, § 1, D. XIX, 5; — L. 10, C. IV, 6; — L. 3, § 4, D. XII, 4. — Mühlenbruch est lui-même revenu, dans sa dernière édition, § 362, de l'opinion contraire.

donne pour une chose qui est future, je donne donc conditionnellement, et cette *causa* ne se réalisant pas, je puis répéter (1).

868. Quant à la seconde question, nous avons déjà montré que le *jus poenitendi* n'est pas plus inhérent aux contrats innommés qu'il ne l'est aux contrats nommés, car il n'y a lieu au *jus poenitendi* que lorsque le contrat innommé a, dans son espèce, de l'analogie avec le mandat (2). En effet, tout mandat étant révocable, il s'ensuit que ce qui a été donné pour l'exécution d'un acte qui a de l'analogie avec le mandat, peut être répété. Mais il est contraire aux textes d'étendre ce droit, qui a sa racine dans la révocabilité du mandat, à tous les contrats innommés qui commencent par un *dare,* alors que ces contrats n'ont pas avec le mandat la moindre analogie, comme par exemple à l'échange; et cela serait aussi contraire à l'équité. Les textes qu'on cite à l'appui de cette opinion, la renversent au contraire, comme nous l'avons montré au n° 534.

Il suit de là que dans les contrats innommés il y a lieu à la condiction *ob causam datorum,* non pas lorsque celui qui était obligé par une *datio* devait de son côté donner une chose et que la prestation lui en est devenue impossible, non pas en règle générale *ex mera poenitentia,* mais dans les seuls cas que voici :

1° Lorsque la partie obligée, ou l'une des parties, n'a pas accompli son obligation alors qu'elle eût pu l'accomplir; lorsque devant transférer la propriété elle ne l'a pas transférée, ou que devant promettre de répondre de l'éviction, elle n'a point fait cette promesse (3). Transférer la propriété d'une chose est possible en soi, c'est pourquoi on en est tenu; en cela les contrats innommés diffèrent en droit romain des contrats nommés; dans ces derniers l'inexécution du contrat de la part de l'un des contractants n'autorise pas l'autre à se départir du contrat, la condition résolutoire n'y est pas sous-entendue; elle l'est au contraire dans les contrats innommés (4).

2° Il y a lieu à la condiction *ob causam datorum* dans les cas précités, lorsque j'ai donné pour l'exécution d'un fait analogue à l'ob-

(1) Comp. L. 27, L. 19, § 9; L. 38, D. XIX, 2.
(2) L. 3, §§ 2 et 3, D. XII, 4.
(3) L. 16 *in fine*, D. XII, 4.
(4) Voyez plus haut le n° 89.

jet du mandat et devenu impossible, ou lorsque j'ai donné pour une *praestatio operarum* devenue impossible.

3° Il y a encore lieu à cette même condiction, *ex poenitentia dantis*, lorsque le contrat innommé a dans son espèce de l'analogie avec le mandat (1); par exemple : je donne une somme à Titius pour qu'il affranchisse un esclave; je puis répéter la somme, car je puis révoquer le mandat.

869. Dans les contrats nommés l'inexécution de l'un des contractants, alors même qu'elle lui est imputable, ne donne pas à l'autre le droit de demander la résolution du contrat, à moins que cela n'ait été expressément stipulé. Ainsi, ce n'est qu'au cas d'une stipulation expresse qu'il peut y avoir lieu à la condiction *causa data, causa non secuta* du chef d'inexécution (2).

Cependant, dans les actes unilatéraux qui, sans être des contrats innommés, consistent dans une *datio*, cette condition est quelquefois implicitement ou explicitement ajoutée, ou bien cette dation est faite avec une charge, et dans ce cas la condition ou la charge venant à manquer, il y aura lieu à répétition par la condiction *causa data, causa non secuta.* C'est d'après ces principes que Mühlenbruch, § 382, énumère les cas où il y a lieu à cette condiction en dehors de la matière des contrats innommés. Ainsi elle pourra s'intenter :

a. Lorsqu'une dot a été donnée avant le mariage et que le mariage ne s'est pas contracté, car toute dot est censée donnée sous la condition que le mariage ait lieu (3).

b. Lorsqu'une chose est donnée pour remplir la condition de l'accomplissement d'un droit qu'on peut acquérir, mais que ce droit n'est réellement pas acquis. Exemple : l'héritier, incertain s'il acceptera l'hérédité, paie, en attendant, ce que le testateur lui a ordonné de payer à Titius, et répudie la succession par la suite : dans ce cas, il y aura lieu à la répétition *causa data, causa non secuta,* parce que le paiement a été fait pour une cause qui ne s'est point réalisée : l'acceptation de l'hérédité (4).

(1) L, 5, § 2, D. XIX, 2.
(2) Comparez les nos 89 et 90.
(3) L. 7 *in fine*; L. 9, § 1; L. 10, D. XII, 4.
(4) L. 1, § 1; L. 2, L. 13, D. XII, 4; — L. 65, § 3, D. XII, 6.

c. Il y aura lieu à la même condiction, dans la donation pour cause de mort, lorsque le danger est passé; car encore alors la cause pour laquelle la donation a été faite, et qui est la condition de la donation, n'a pas eu lieu (1).

d. Lorsque je paie au gérant d'affaires de celui qui est mon créancier, si le créancier ne ratifie pas, j'aurai contre ce gérant la même condiction; car tel paiement est encore fait sous la condition tacite que je serai libéré par la ratification de mon créancier, laquelle n'intervenant pas, la cause pour laquelle j'ai payé fait défaut (2).

e. Il y a encore lieu à la condiction, lorsqu'une dation a été faite sous la condition qu'un certain fait serait omis; si ce fait est posé, la cause, la condition de la dation fait défaut, *causa non secuta est* (3).

La condiction *causa data, causa non secuta,* trouve également son application :

Dans le cas de la donation *sub modo,* et dans le cas d'une transaction, lorsque celui qui avait payé quelque chose *transactionis causa* a néanmoins été condamné. Le donateur *sub modo,* lorsque la charge demeure inexécutée par la faute du donataire, a deux actions : il a l'action *in factum* ou *praescriptis verbis,* pour forcer le donataire à exécuter la charge sous peine de dommages-intérêts; il a aussi, à son choix, la condiction *ob causam datorum* (4). Il y a même un cas où il a la revendication, c'est lorsqu'une chose a été donnée sous la condition que le donataire donnerait des aliments (5).

Quant à la transaction, lorsque je transige par simple pacte avec celui qui a une prétention contre moi et que je lui paie une somme par forme de transaction, l'action n'est pas éteinte de plein droit, et l'adversaire peut encore l'intenter. La L. 23, § 3, D. XII, 6, décide que si je n'oppose pas l'exception et que je sois condamné, je devrai payer sur l'action *judicati,* mais que je pourrai répéter par la condiction *causa data, causa non secuta,* ce que j'avais donné par forme de transaction.

(1) L. 12, D. XII, 4; — L. 35, § 3, D. XXXIX, 6.
(2) L. 58, D. XLVI, 3; — L. 14, D. XII, 4.
(3) L. 3 *pr.*, et § 1, D. XII, 4; — L. 3, C. IV, 6.
(4) Voyez les L. 9 et 22, C. XVIII, 54; — LL. 2, 3, 6, 8. C. IV, 6.
(5) L. 1, C. VIII, 56.

Enfin un dernier cas où la condiction *causa data, causa non secuta,* trouve son application en dehors des contrats innommés, c'est lorsque des arrhes ont été données et que le contrat est exécuté ou que d'un commun accord il a été résolu (1).

Dans les cas que nous venons d'énumérer, la question de savoir si ce qui a été donné, peut être répété par cela seul que celui qui a donné veut la restitution, ou bien sous la condition que la cause ne se soit pas réalisée, ou enfin seulement sous la condition que cette non-réalisation soit imputable à celui qui avait reçu la chose, est une de ces questions qui ne se résolvent pas d'après les principes généraux. Lorsque j'ai donné une chose dans le cas ci-dessus rapporté (litt. *b*), pour remplir la condition de l'accomplissement d'un droit qu'il dépend de moi d'acquérir, je puis répéter la chose par cela seul que je ne veux pas acquérir ce droit auquel la charge est inhérente. La dot peut être répétée dès là que le mariage n'a pas lieu, fût-ce sans la faute du mari qui l'a reçue (2). La donation *propter nuptias* ne peut être répétée que lorsque c'est par la faute de celui qui l'a reçue, que le mariage n'a pas lieu (3). La donation *sub modo* ne peut être révoquée que lorsque l'inexécution est imputable au donataire.

870. Quant à son objet, la condiction *causa data, causa non secuta,* suit les mêmes règles que la condiction *mutui* et la condiction *indebiti.* On ne saurait répéter les intérêts, les sommes données eussent-elles même produit des intérêts. S'il s'agit d'une *species,* elle est restituée avec les fruits et accessions naturelles, comme il a été dit ci-dessus (4). Cependant, lorsqu'avec la condiction *ob causam datorum* il y a concours d'une action *ex contractu nominato,* ainsi que cela a lieu lorsque l'acheteur peut redemander les arrhes soit que les parties d'un commun accord aient résolu le contrat, soit qu'elles l'aient exécuté, le défendeur pourra être tenu des dommages-intérêts résultant de la faute ou de la demeure, suivant les règles du contrat de vente.

(1) L. 11, § 6, D. XIX. — Voyez plus haut les nos 172 et suivants.
(2) L. 1, C. IV, 65.
(3) L. 5, C. V, 3.
(4) L 7, § 1, et L. 38, D. XXII, 1; — L. 4, C. IV, 7. — Voyez no 859.

Sommaire.

871. Définition de la condiction *ob turpem causam,* et conditions qu'elle requiert. — Il faut une *turpis causa,* mais en même temps il faut qu'il y n'ait pas de turpitude de la part de celui qui a donné. Cependant la dation illicite n'est pas toujours un obstacle à la répétition, si la cause de cette dation n'est pas flétrie par les mœurs.
872. Objet de la condiction *ob turpem causam.*
873. De la condiction *ob injustam causam.* — A la différence de la précédente elle est une condiction *ob causam praeteritam.*

871. Comme la condiction *ob causam datorum,* celle *ob turpem causam* suppose une *causa futura,* mais ce qui la distingue de la première, c'est que cette cause future est ici un fait honteux ou illicite. Quand il s'agit d'un but honteux ou illicite, il importe peu, pour que la répétition soit fondée, que la condition de la dation ait été exécutée ou non, il y a répétition alors même qu'il y a eu exécution (1). C'est en quoi cette condiction diffère encore de la condiction *ob causam datorum.* Cependant, pour que celui qui a donné, puisse répéter, il faut qu'il n'y ait pas turpitude de sa part. D'après cela, ce que j'aurais donné pour empêcher quelqu'un de commettre un délit (2), ou pour l'engager à faire ce que la loi lui permet, serait sujet à répétition. Peu importe que la condition ait été remplie ou non, car il y a ici turpitude de la part de celui qui a reçu, non de la part de celui qui a donné.

Si j'ai donné à Titius pour qu'il me dénonçât la personne qui a commis un vol à mon égard, il n'y a pas lieu à répétition,

(1) L. 1, § 2, D. XII, 5.
(2) L. 4, § 2, D. XII, 7.

il n'y a pas *turpis causa*, parce que personne n'est obligé, en règle générale, à dénoncer des délits, à moins qu'il ne s'agisse de cas spéciaux où les lois ont imposé à chacun cette obligation. Si cependant l'auteur de la dénonciation avait été complice du vol, la répétition serait admise (1).

D'un autre côté, ce que j'ai donné à l'effet de faire commettre une action honteuse ou illicite, à l'effet de faire taire un délit, n'est point sujet à répétition, parce qu'il y a turpitude de part et d'autre; dans ce cas le fisc a la confiscation de ce qui a été donné *ob turpem causam*.

Remarquons cependant qu'il ne suffit pas qu'un fait puisse être qualifié d'illicite, ou qu'il paraisse blâmable à certains égards pour qu'il empêche la répétition; en ce cas, celui qui a donné peut être beaucoup moins blâmable que celui qui a reçu, lorsque ce fait n'est point flétri dans l'opinion, et alors la répétition est admise. Ainsi, celui qui aurait donné une somme à un commissaire de milice pour soustraire un milicien à la conscription, ne serait pas, aux termes de la L. 3, C. IV, 7, censé avoir commis un fait honteux; il n'y aurait turpitude que de la part du fonctionnaire, et la somme pourrait être répétée.

Pareillement, d'après la L. 5, D. XII, 7, la nièce qui aurait donné à l'oncle, en vue de leur mariage qui ne peut avoir lieu, peut répéter ce qu'elle a donné, parce que d'après les mœurs ce fait n'est pas considéré comme absolument honteux. De même encore, quoique les jeux de hasard soient défendus et que celui qui a joué, ait commis un fait illicite, cependant la perte peut être répétée par la condiction *ob turpem causam*.

Ce principe, que la répétition est admise lorsque le fait est illicite mais que la turpitude en retombe principalement sur celui qui a reçu, ou bien lorsque le fait est illicite mais non flétri par les mœurs, est aussi applicable en droit moderne. En voici un exemple récent. On sait qu'en France les places d'avoué et de notaire, sont encore entachées de vénalité, en ce sens qu'il est permis à ces officiers de traiter avec les personnes qui leur succè-

(1) L. 4, § 4, D. XII, 5.

dent. Cependant de tels traités doivent être soumis à la ratification du gouvernement. Il s'est quelquefois trouvé qu'en dehors des stipulations écrites, soumises à la ratification du gouvernement, étaient intervenues entre parties des stipulations illicites et par conséquent illégales; ainsi dans une espèce jugée par la Cour de Cassation, une somme avait été payée indépendamment des stipulations écrites et légales; la répétition en fut demandée en justice, et la Cour de Cassation de France, par arrêt du 30 juillet 1844 (1), décida avec raison que la répétition était fondée.

Au contraire, ce qui est donné pour atteindre un but même licite, ne peut être répété si la dation a été immorale en soi. Dans le cours d'un procès, la partie qui avait le bon droit pour elle a corrompu le juge pour obtenir un jugement favorable : il y a turpitude et de la part de celui qui donne, et de la part de celui qui reçoit; il n'y a pas de répétition et la chose donnée sera confisquée. Ainsi décide la L. 2, § 2, D. XII, 5. D'après ce même texte, il paraît cependant qu'autrefois la répétition avait été admise, mais la jurisprudence s'est modifiée à cet égard et le fait a été regardé comme honteux de part et d'autre.

872. Ce qui a été donné *ob turpem causam,* sans turpitude de la part de celui qui donne, peut être répété avec les fruits et accessions naturelles, mais non avec les intérêts (2).

L'action se donne non seulement contre les personnes qui ont reçu *turpiter,* mais encore contre leurs héritiers. Cependant il faut remarquer que la turpitude du mandataire ne nuit pas au commettant, n'empêche pas celui-ci de répéter la chose donnée *ob turpem causam* (3). Ceci s'applique au cas où l'esclave qui a commis un vol, a donné de l'argent à quelqu'un pour qu'il ne dénonce par ce vol; rien n'empêche dans ce cas le maître d'intenter la condiction *ob turpem causam.*

873. La condiction *ob injustam causam* diffère de la condiction

(1) Voyez *Jurispr du XIXe siècle,* 1844, 1, p. 589. — Depuis, plusieurs arrêts ont jugé dans le même sens.
(2) L. 4, C. IV, 7.
(3) L. 5, D. XII, 5.

ob turpem causam en ce qu'elle n'est pas, comme la dernière, une condiction *ob causam futuram*, mais *ob causam praeteritam*. Elle se donne en général contre celui qui détient une chose pour une cause injuste, par exemple contre celui qui a extorqué une chose au moyen de violence; Ulpien dit à la L. 6, D. XII, 5 : *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem, existimantium : id, quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici. In qua sententia etiam Celsus est.*

La condiction *ob injustam causam* se donne encore contre le possesseur de mauvaise foi pour les fruits qu'il a consommés (1).

(1) L. 3, C. IV, 9.

DE LA CONDICTION *SINE CAUSA*.

Sommaire.

874. Dans leur sens général, les mots condiction *sine causa* désignent l'action par laquelle on répète ce qu'on ne peut plus revendiquer, soit à cause du transport volontaire de la propriété, soit à cause de la consommation faite de bonne foi, mais ce qu'on a cependant perdu sans cause, soit que le défaut de cause ait existé au moment de l'acquisition faite par le défendeur, soit que le fondement de l'acquisition ait cessé d'exister par la suite. Dans ce sens général, la condiction *sine causa* désigne toutes les autres condictions, excepté la condiction *furtiva* qui se donne seulement au propriétaire, car toutes les autres condictions exigent qu'il y ait eu transport de la propriété *sine causa*.

Mais dans le sens spécial du mot, la condiction *sine causa* est l'action personnelle par laquelle on redemande à celui qui est devenu propriétaire d'une chose *sine causa*, cette chose avec les fruits et accessions naturelles mais sans intérêts, ou ce dont il en demeure enrichi, dans tous les cas où le demandeur ne saurait intenter ni la revendication, ni aucune des autres condictions prénommées.

875. Ces cas peuvent être réduits à deux catégories : ceux où la cause a fait défaut au défendeur dès le moment où il a eu la chose, et ceux où elle n'a fait défaut que par la suite. — Énumérons d'abord les premiers :

1° Lorsqu'une chose a été donnée en exécution d'un acte ou d'un contrat défendu par la loi, pourvu que le fait ne soit pas considéré comme immoral et honteux par rapport à celui qui a donné, il y a lieu à la condiction *sine causa.* Nous en avons vu des exemples au n° 871. Ainsi, ce qui a été donné à un commissaire de milice pour faire exempter un milicien de la conscription (1); ce qui a été perdu à un jeu défendu (2); ce qui a été donné *dotis causa* entre personnes entre lesquelles le mariage ne peut avoir lieu; ce qui a été donné à un soldat pour qu'il exécute un mandat, car il est défendu à un soldat d'être mandataire; tout cela est sujet à répétition par la condiction *sine causa* parce que, comme le dit la L. 5, D. XII, 7, *recte defendi, non tam turpem causam in proposito, quam nullam fuisse.*

Remarquons que la distinction que l'on fait pour la condiction qui est fondée sur une erreur, la condiction *indebiti,* à savoir que si l'on a payé sciemment ce que l'on ne devait pas, on est censé avoir fait donation, ne saurait s'appliquer à la condiction *sine causa* qui compète à celui qui a donné pour une cause illicite, lorsque le fait du *dare* n'était pas par lui-même un fait immoral en soi. Car dans les cas que nous avons examinés en traitant de la condiction *indebiti,* on donne sciemment ce que l'on ne doit pas, sans avoir en vue une cause future; on n'a pas davantage en vue une *causa praeterita* qui n'existe pas et qu'on sait ne pas exister; donc nécessairement on fait une libéralité. Dans les cas que nous venons de mentionner, et où il y a lieu à la condiction *sine causa,* celui qui donne a, au contraire, en vue une cause future; c'est pourquoi, alors même qu'il donne sachant qu'il ne doit pas puisqu'il lui est défendu de donner, il n'est cependant pas présumé faire donation. Par conséquent, il faut bien se garder d'appliquer à la condiction *sine causa* la distinction que les LL. 9 et 26, D. XII, 6, *de Conditione Indebiti,* font entre celui qui paie sciemment et celui qui paie par erreur.

Il ne faut pas non plus appliquer à la condiction *sine causa* la

(1) L. 3, C. IV, 7.
(2) L. 3, C. III, 43. — Voyez plus haut n° 706.

distinction des LL. 19 et 40, D. *eod.*, d'après lesquelles le débiteur qui a omis d'opposer une exception introduite *in odium creditoris*, fût-ce par erreur, n'a pas le droit de répétition. L'équité, dans l'espèce de ces lois, ne s'oppose pas à ce que le fils de famille majeur restitue le prêt qui lui a été fait; la loi veut seulement ôter au créancier le moyen de la contrainte légale; tandis que dans les cas susmentionnés, où il y a lieu à la condiction *sine causa*, les mœurs et l'ordre public exigent que l'acte ou le contrat intervenu entre les parties ne puisse valoir, et que par conséquent celui qui profiterait de son exécution, soit tenu de restituer ce qu'il a reçu, toutes les fois que celui qui a donné n'a pas, par cela même qu'il a donné, commis un acte immoral.

2° Il y a lieu à la répétition par la condiction *sine causa*, lorsque la *datio* se fait pour une cause qui, sans être prohibée et punie par les lois, comme le sont les jeux défendus, comme l'est la concussion du fonctionnaire public, rencontre cependant une disposition légale qui, quoiqu'elle ne commine aucune peine, en annule les effets. Il en est ainsi des donations entre conjoints, faites pendant le mariage; le conjoint donateur peut revendiquer en vertu de cette nullité tous les objets donnés qui ne sont pas consommés, en quelques mains qu'ils se trouvent, et peut, en cas de consommation, répéter par la condiction *sine causa* du conjoint donataire, ce dont celui-ci demeure enrichi par l'effet de la donation. Aucune condiction, excepté la condiction *furtiva*, ne saurait concourir avec la revendication; la condiction *sine causa* suppose avant tout que la propriété ait été transférée, ou qu'elle ait été acquise par la consommation. Là où la loi s'oppose au transport de la propriété, comme dans le cas de donation, il n'y a donc réellement lieu à la condiction qu'au cas où la chose a été consommée (1).

3° Il y a lieu à la condiction *sine causa*, lorsque la cause de l'acquisition a fait défaut dès le principe, lorsque des personnes qui se trouvent sous tutelle ou curatelle, ont contracté seules et payé par conséquent ce qu'elles ne devaient pas. Ici s'applique encore l'observation que nous venons de faire plus haut; comme

(1) L. 6, D. XXIV, 1.

la propriété des choses payées n'a pas été transférée en vertu du paiement, ce n'est qu'après la consommation de bonne foi qu'il peut être question de la condiction *sine causa* (1). Si la consommation a eu lieu de mauvaise foi, par exemple si la personne qui a reçu le paiement, a su que le pupille était encore impubère, il y aura lieu à la condiction *ob injustam causam*, ou bien à l'action *ad exhibendum*, qui comprend tous dommages et intérêts (2).

4° Il y a lieu à la condiction *sine causa*, et cela pour défaut de cause au moment du *dare*, lorsque les parties ont erré sur la forme du contrat; par exemple : je veux donner à titre de *mutuum*, vous recevez à titre de donation (3).

5° Il y a lieu a intenter la même action lorsque la chose est remise à une autre personne qu'au véritable propriétaire. Telle est la décision de la L. 23, D. XII, 1. Une chose est léguée dans un legs *per vindicationem* à Titius, qui exerce telle profession et qui avait avec le défunt des rapports d'amitié; ce Titius devient donc propriétaire de la chose dès la mort du testateur. Cependant l'héritier remet la chose à un autre Titius, qui la vend. Si la chose subsistait encore dans les mains du tiers-acquéreur, il serait évident que Titius, le véritable légataire, pourrait la revendiquer, car lui seul est devenu propriétaire, l'héritier ne l'a jamais été, donc il n'a pas transmis la propriété à l'autre Titius, ni celui-ci à son acheteur; le véritable légataire revendiquerait donc la chose, et l'évincé aurait son recours contre son vendeur. Mais dans l'hypothèse de la L. 23, la chose n'existe plus, elle a péri chez le tiers-acquéreur. En ce cas, que fera le véritable légataire? Il n'a plus la revendication, il aura l'action *ad exhibendum* si la chose a été distraite de mauvaise foi. Mais dans l'hypothèse de la L. 23, tous sont de bonne foi; il aura donc contre celui qui s'est cru légataire sans l'avoir été réellement, la condiction *sine causa* pour réclamer le prix de vente dont il se trouve enrichi, et qu'il détient sans cause.

(1) L. 29, D. XII, 6.
(2) L. 3, § 2, D, X, 4.
(3) L. 18, D. XII, 1.

6° La même action s'intente encore lorsque le délit est devenu la cause de l'acquisition d'une chose, pour celui qui n'y a point participé, ni comme auteur principal, ni comme complice (1). Si un esclave volé a été acheté de bonne foi avec son pécule, tant que le pécule existe en nature le propriétaire pourra le revendiquer avec l'esclave; mais si l'acheteur de bonne foi a fait emploi de ce pécule, si, comme le suppose la loi, au moyen de ce pécule il a acheté un autre esclave, le propriétaire intentera contre l'acheteur de bonne foi la condiction *sine causa*, parce qu'en faisant de bonne foi emploi des deniers du pécule il en a acquis la propriété, et que cet emploi l'a enrichi d'un esclave. Si l'emploi avait été fait de mauvaise foi, il aurait l'action *ad exhibendum* (2). Il en est de même si l'esclave qui a été vendu, a commis un vol au détriment du vendeur après qu'il était déjà livré; si les choses volées sont entrées dans la possession de l'acheteur avec le pécule, et que celui-ci en ait fait emploi de bonne foi, le vendeur aura encore la condiction *sine causa* pour répéter ce dont l'emploi des deniers volés l'a enrichi. Mais la L. 30, D. XIX, 1, examine deux hypothèses :

Première hypothèse. — L'esclave vendu avec le pécule a commis le vol au préjudice du vendeur avant d'avoir été livré, et dans ce cas l'argent volé, ou bien a péri fortuitement, ou bien a été consommé de bonne foi par le tiers-acquéreur (il n'est pas question de l'hypothèse où il subsiste encore *in specie*, car dans ce cas il y aurait lieu à revendication). Si les deniers volés ont péri fortuitement, le vendeur, aussi longtemps que la livraison n'est pas faite, peut exercer sur le pécule un droit de rétention; car, dit la loi, le délit de l'esclave a diminué le pécule *ipso jure;* en effet il ne peut y avoir dans le pécule que ce que l'esclave tient du consentement de son maître; d'où il suit que le maître exerce le droit de rétention à concurrence de ce qui lui a été volé. Que si par ignorance le maître a fait la livraison de tout ce qui était dans le pécule, sans exercer son droit de rétention, il aura la condiction

(1) L. 24, D. XIX, 1.
(2) L. 30, D. XIX, 1.

indebiti comme ayant livré au-delà de ce qu'il devait à l'acheteur. Objectera-t-on ici que le vendeur ne pouvait être créancier de son propre esclave que d'une manière naturelle, que par conséquent il ne pouvait faire valoir sa prétention que par forme d'exception, et que d'après la L. 52, D. XII, 6, le possesseur qui a un droit de rétention, n'a, s'il livre la chose sans l'avoir exercé, que la condiction *indebiti*. Nous répondrions que dans le cas de cette loi il s'agit effectivement d'un droit de rétention qui ne peut se faire valoir que par forme d'exception, mais qu'au cas de la L. 30, D. XIX, 1, l'obligation de livrer du vendeur est diminuée de plein droit, et que par conséquent la répétition doit être admise au même titre qu'elle l'est lorsque le mari a restitué toute la dot sans avoir retenu les impenses (1).

Si les deniers volés par l'esclave avant la livraison, sont tombés au pouvoir de l'acheteur, et qu'il les ait consommés de bonne foi, le vendeur aura contre lui la condiction *sine causa, quasi res mea ad te sine causa pervenerit*, dit la L. 30.

Seconde hypothèse. — Le vol a été commis après la livraison : ici il n'y a point lieu à l'action *de peculio*, car elle n'est pas donnée pour délit commis par l'esclave; il ne peut y avoir lieu contre l'acheteur de bonne foi qu'à la répétition de ce dont il se trouve enrichi *sine causa*.

876. La deuxième catégorie de cas où il y a lieu à la condiction *sine causa*, comprend toutes les hypothèses où la cause du *dare* a cessé de subsister, quoiqu'elle ait existé au commencement. La L. 1, § 2, D. XII, 7, dit : *Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est, vel secuta non est, dicendum est, condictioni locum fore*. Ainsi, donner ou promettre sans cause, ou avoir donné ou promis pour une cause qui a cessé d'exister, voilà ce qui donne lieu à la condiction *sine causa*. En voici quelques exemples :

L. 2, D. XII, 7. — J'ai donné des vêtements à laver à un foulon; ces vêtements sont perdus par la faute de ce dernier; j'intente l'action *locati*, sur laquelle le foulon est condamné à me payer

(1) L. 5, §§ 2 et 3, D. XXV, 1.

l'estimation des vêtements; quelque temps après les vêtements sont retrouvés par moi : le foulon aura la condiction *sine causa*, parce que dès lors il n'y a plus de cause à ce que je garde ce qui m'a été payé. Le texte ajoute qu'il aurait pu intenter aussi l'action *conducti;* en effet, la *locatio-conductio* étant un contrat de bonne foi, toutes les prétentions fondées sur l'équité peuvent par cela même être poursuivies par les actions qui naissent de ce contrat. Il y a plus, comme tout possesseur de bonne foi est censé par cela même qu'il paie l'estimation de la chose dont il répond, avoir acheté cette chose (1), il s'ensuit que le foulon, dans l'espèce de la L. 2, pourrait à son choix demander les vêtements ou l'estimation qu'il a payée, ainsi que le décide la L. 17, § 5, D. XIII, 6, dans une espèce où le commodataire avait payé l'estimation d'une chose qui par la suite a été retrouvée par le *commodo dans*.

L. 4, C. IV, 9. — Lorsque j'ai signé un acte pour constater qu'une somme m'a été donnée à titre de prêt, je puis pendant deux ans répéter cet acte *condictione sine causa*, si le défendeur ne prouve que l'argent m'a été réellement payé.

(1) L. 3, D. XLI, 4; — L. 5, § 1, D. XVIII, 6; — L. 63, D. VI, 1.

DU CONTRAT DE GAGE

OU *PIGNUS*.

Sommaire.

877. De l'hypothèque conventionnelle, en général. — Différences entre l'hypothèque et le contrat pignoratif. — L'hypothèque comme droit réel peut exister indépendamment du contrat pignoratif, et celui-ci peut exister indépendamment de l'hypothèque.
878. Définition du contrat de gage.
879. De ce que le contrat de gage est un contrat réel, il ne résulte pas que la promesse acceptée de donner une chose en gage, soit sans effet. — Explication de la L. 1 *pr.* et § 1, D. XIII, 7.
880. Obligations du créancier gagiste : — 1° Il n'a aucun droit de se servir de la chose.
881. 2° Il ne peut profiter d'aucun gain. — *Condictio furtiva.* — Controverse.
882. 3° Il est tenu de toute perte causée par sa faute.
883. 4° Il doit restituer la chose non détériorée, avec les accessions et les fruits.
884. 5° Ses obligations s'il a vendu le gage.
885. Des droits du créancier gagiste durant la possession. — Du droit de rétention pour les autres créances chirographaires.
886. Ce droit de rétention est consacré par le droit moderne.
887. Des autres droits que le créancier gagiste peut poursuivre par l'action *pignoratitia contraria*.
888. L'action *pignoratitia directa* n'est pas une action *in rem scripta;* elle ne peut jamais être intentée contre les tiers.
889. De la prescription de l'action *pignoratitia*. — Cette action est-elle prescriptible, et quand commence la prescription?

---

877. L'hypothèque conventionnelle s'établit soit par le *pactum hypothecae*, soit par le *pignus* ou *contractus pignoratitius*.

Quant au droit réel qui se poursuit par l'action hypothécaire contre les tiers-possesseurs, les effets du pacte sont les mêmes que ceux du contrat; mais comme le contrat transfère au créancier, avec le droit réel, la détention et même la possession *ad interdicta* (1), le contrat pignoratif produit des effets particuliers et des actions personnelles spéciales : l'action *pignoratitia directa* et l'action *pignoratitia contraria*. Ce sont ces effets contractuels et les actions personnelles désignées, qui seront ici l'objet de notre examen.

Les rapports contractuels résultant du contrat pignoratif sont tellement distincts du droit réel, de l'hypothèque même, que ces rapports peuvent exister dans des circonstances où l'hypothèque est impossible. Ainsi, pour que ces rapports se forment, il n'est pas nécessaire que la chose que je donne en gage m'appartienne; le *praedo* qui a engagé la chose volée, a l'action *pignoratitia directa* (2), tandis que l'hypothèque ne saurait s'établir sur la chose d'autrui. De plus, pour que les rapports contractuels existent, il n'est pas nécessaire qu'il y ait une dette principale, il suffit qu'une chose soit donnée en vue d'une dette à contracter, et dès l'instant de la dation le contrat pignoratif existera avec ses effets, peu importe que la dette soit contractée ou non. *Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero,* dit la L. 11, § 2, D. XIII, 7, *nec dedero, pignoratitia actione tenebor et nulla solutione facta.* Au contraire, il est impossible que le droit d'hypothèque existe sans dette principale, cette dette ne fût-elle qu'une dette naturelle.

Pareillement, les rapports du contrat pignoratif s'établiraient entre parties pour une dette qu'elles croiraient exister, alors même que réellement elle n'existerait pas. Ainsi, non seulement l'hypothèque peut exister indépendamment du contrat pignoratif, mais aussi ce dernier peut exister indépendamment de l'hypothèque, puisqu'il peut exister lorsque la chose donnée en gage appartient à autrui, puisqu'il peut exister sans qu'il y ait dette principale,

(1) Le débiteur continue de posséder *ad usucapionem*. — Voyez *La Possession*, nº 19.

(2) L. 22, § 2, D. XIII, 7.

pourvu que la chose soit donnée en vue d'une dette, cette dette ne fût-elle que future ou potestative.

D'un autre côté cependant, l'hypothèque dès que le créancier est mis en possession de la chose, se convertit à l'instant même en contrat pignoratif, c'est-à-dire qu'à dater de cette possession les effets contractuels du *pignus* existeront avec l'hypothèque.

878. D'après cela nous définirons le contrat pignoratif : un contrat réel, de bonne foi, imparfaitement synallagmatique, consistant dans la possession d'une chose, à l'effet de servir de sûreté à une créance et d'être restituée en son espèce lors du paiement ou de l'extinction de l'obligation principale.

879. Le contrat pignoratif est réel, c'est-à-dire que les rapports contractuels et les actions personnelles ne peuvent naître que par la dation et à partir de celle-ci, à partir de la possession acquise au créancier. Mais gardons-nous de croire cependant que la promesse de donner un gage soit inefficace et ne puisse pas produire d'action en droit civil; car l'hypothèque s'établissant par simple pacte, il en résulte que la promesse acceptée d'oppignorer une chose, lorsque celle-ci est déterminée, emporte constitution d'hypothèque sur cette chose, et que l'hypothèque existera si la dette existe et dès qu'elle existe (1). Il en serait autrement si j'avais promis de donner en gage sans déterminer la chose; dans ce cas il n'y aurait qu'un pacte *de pignore constituendo*, sans effet civil.

D'un autre côté, dit la L. 1, § 1, D. XIII, 7, lorsque j'ai consenti à vous donner en gage des lingots d'or que je vous montre, et que je vous ai donné du cuivre, ce ne sera pas le cuivre, mais ce sera l'or qui sera oppignoré. Nécessairement avant que l'or soit livré, les rapports contractuels résultant de la possession, n'existeront pas, mais l'hypothèque existera et le créancier pourra demander d'être mis en possession de l'or, par l'action *pigneratitia contraria. Obligatum aurum pignori, et consequens est ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint.*

Si un débiteur, continue le même texte, a donné en gage du

(1) L. 1 *pr.*, D. XIII, 7.

cuivre affirmant que c'était de l'or, ce cuivre sera oppignoré (et nulle autre chose ne le sera), parce qu'il y a consentement sur l'oppignoration de cette chose; mais comme le débiteur a usé de dol, comme il a affirmé que c'était de l'or, il sera tenu en vertu de l'action *pignoratitia contraria* de donner un supplément de garantie, outre la peine du stellionat.

880. Passons à l'énumération et à l'examen des obligations du créancier.

1° Pendant la durée de la possession, le créancier n'a aucun droit de se servir de la chose; s'il le fait, il commet un *furtum usûs* et il en subit toutes les conséquences; il est responsable de toute perte, de toute détérioration, même fortuite (1). Si la chose donnée en nantissement produit des fruits, le créancier est tenu non seulement de la conservation, *culpa*, mais aussi de la *diligentia*, il doit par conséquent percevoir les fruits en bon père de famille. Ces fruits, il les possédera également *pignoris nomine*, il devra les rendre et les imputer sur ce qui lui est dû, premièrement sur les intérêts si la créance porte intérêts, et ensuite sur le capital. Le créancier hypothécaire a donc le droit et même l'obligation de louer la chose (2).

Lorsque la créance est un prêt gratuit, *mutuum*, et que le créancier a reçu en gage une chose portant des fruits, il a été admis par équité qu'il pourra retenir les fruits à concurrence des intérêts légaux, sans que cependant cela change en rien sa responsabilité quant aux fruits perçus ou à percevoir (3). Dans tous les autres cas, la loi veut que l'obligation de payer des intérêts repose au moins sur un *pactum* afin que le gage soit obligé aussi aux intérêts. A défaut de convention, les fruits doivent être directement imputés sur le capital (4).

881. 2° Le créancier hypothécaire ne peut profiter davantage d'aucun autre gain; quelle qu'en soit la cause, il doit l'imputer sur ce qui lui est dû. — Il peut, puisqu'il est intéressé à ce que la

(1) L. 56, D. XLVII, 2.
(2) L. 12, C. IV, 24; — L. 2, C. VIII, 25; — L. 1, C. VIII, 28.
(3) L. 8, D. XX, 2.
(4) L. 1, C. IV, 24.

chose ne soit pas volée, intenter l'action furtive, l'action *vi bonorum raptorum*, l'action *quod metûs causa;* il a même la condiction *furtiva*, puisqu'il se commet à son égard un *furtum possessionis*.

Mais il ne doit point profiter de ces actions; il doit donc imputer ce qu'il a obtenu, sur ce qui lui est dû; c'est le débiteur qui en profitera, et si le créancier négligeait un pareil gain, il serait responsable. Telle est l'étendue des obligations que comporte le mot *diligentia* (1). Cependant, si le débiteur lui-même avait commis le *furtum usûs* à l'égard du créancier, le créancier qui aurait intenté contre lui l'action *furti* en profiterait, parce que autrement le délit du débiteur resterait impuni (2). L'action *furti* dans ce cas aurait pour objet, non pas le double ou le quadruple de la valeur, mais de la créance (3).

La question de savoir cependant si le créancier doit aussi profiter de ce qu'il aurait obtenu du débiteur par la condiction *furtiva*, est controversée. Le créancier gagiste a les actions du vol, l'action *vi bonorum raptorum*, l'action *quod metûs causa*, parce qu'il peut se commettre à son égard un *furtum possessionis* et parce qu'il est intéressé à ce que le vol ne se commette pas; il a ces actions même contre le débiteur qui aurait commis le vol ou la violence. Il y a cependant cette différence, qu'intentées contre les tiers, ces actions font obtenir le double ou le quadruple de la valeur de la chose, tandis qu'intentées contre le débiteur, elles font obtenir au créancier le double ou le quadruple de la créance. En effet, le débiteur ne commet pas un vol sur la chose, car la chose lui appartient; le vol porte sur la possession, sur la valeur de cette possession pour le créancier, et par suite sur la créance dont le gage doit répondre. C'est pourquoi la condiction *furtiva* que le créancier intente contre le débiteur, a pour objet la créance avec ses accessions, avec les intérêts conventionnels ou moratoires, et que l'action *furti* contre le débiteur a pour objet le double ou le quadruple de la créance.

(1) L. 22, D. XIII, 7.
(2) L. 22, D. XIII, 7; — L. 15, D. XLVII, 2.
(3) L. 87, D. XLVII, 2.

Entre ces actions, suivant qu'elles sont dirigées contre un tiers ou contre le débiteur, il y a encore une autre différence : intentées contre les tiers, elles doivent tourner au profit du débiteur; le créancier a bien le droit de les intenter, parce que s'il ne l'avait pas le voleur le priverait de sa sûreté; l'estimation et le double qu'il obtient du voleur, constituent la nouvelle sûreté qui prend la place du gage; par le vol il risquait de perdre sa sûreté, par le vol elle se trouve augmentée. Mais le créancier n'a pas le droit de retirer de la chose quelque bénéfice; au contraire, il doit veiller à ce que tout le bénéfice qu'elle peut procurer, tourne au profit du débiteur; il doit donc imputer ce qu'il a obtenu des tiers au moyen des actions prénommées, comme il doit imputer les fruits que la chose peut produire. Doit-il aussi imputer sur ce qui lui est dû, ce qu'il a obtenu au moyen de ces mêmes actions du débiteur lui-même? Non, en règle générale, parce sans cela le délit du débiteur demeurerait impuni. Ainsi, il est certain que ce que le créancier a obtenu de son débiteur au moyen de l'action *furti,* au moyen de l'action *quod metûs causa,* n'est pas imputable sur la dette, et la laisse subsister entière (1).

Mais en est-il de même de ce qu'il aura obtenu par la condiction *furtiva?*

Remarquons d'abord que ce qu'il aura obtenu par cette condiction, consiste précisément dans le paiement de la créance avec les intérêts; en second lieu, que la condiction *furtiva* n'est pas une action pénale, mais *rei persecutoria,* et qu'il est de principe que deux actions *rei persecutoriae* ne peuvent être cumulées, parce qu'il serait inique, dit la L. 51, § 1, D. XLII, 1, que deux fois on pût obtenir la même chose. De ces prémisses nous devons déjà conclure que ce que le créancier aura obtenu au moyen de la condiction *furtiva* sera imputable et par conséquent éteindra la créance; et c'est ce qui résulte aussi des textes, quoique quelques auteurs aient cru y voir une exception à la règle : qu'il est contraire à la bonne foi qu'on puisse demander deux fois la même chose.

La controverse provient de ce qu'à la L. 22, D. XIII, 7, Ulpien,

(1) L. 22, D. XIII, 7.

en demandant si le créancier profite des actions du vol qu'il peut intenter contre le débiteur, mentionne la condiction *furtiva* aussi bien que l'action *furti*. Toutefois, comme le jurisconsulte répond qu'il ne doit pas imputer ce qu'il a obtenu au moyen de l'action *furti*, on aurait dû conclure *a contrario* qu'il doit imputer ce qu'il a obtenu par la condiction *furtiva*, car ici l'argument *a contrario* est appuyé sur le principe de la L. 51, § 1, D. XLII, 1. Toutefois on a dit que, dans l'espèce, il y avait dérogation à ce principe; que le créancier n'était pas tenu d'imputer ce qu'il avait obtenu par la condiction *furtiva*, parce que la même loi décide que le créancier qui au moyen de l'action *quod metûs causa* avait obtenu de son débiteur le quadruple de la créance, n'était tenu de rien imputer. Or, dit-on, l'action *quod metûs causa* est mixte, elle est à la fois *rei persecutoria* et pénale, et cependant elle n'empêche pas le créancier de poursuivre encore le remboursement de sa créance; donc il doit en être de même du créancier qui a intenté la condiction *furtiva*.

Ce raisonnement n'aurait de valeur que si les actions mixtes suivaient la loi des actions *rei persecutoriae*, mais il en est tout autrement; ces actions sont assimilées quant à leurs effets aux actions pénales, car quoiqu'elles renferment le *simplum* à titre de dommages et intérêts, elles ne peuvent être intentées contre les héritiers de celui qui a commis le délit ou la violence; par conséquent l'argument *a contrario* conserve toute sa force. Ulpien n'a pas mentionné la condiction *furtiva*, parce que l'imputation se fait. D'ailleurs, la L. 74, § 2, D. XLVI, 3, confirme ce système et pose nettement le principe que le créancier n'a pas besoin d'imputer; le créancier, y est-il dit, peut profiter de ce qu'il a obtenu du débiteur *poenae nomine;* donc il ne peut pas profiter de ce qu'il a obtenu par la condiction *furtiva*.

882. 3° Le créancier gagiste est tenu de toute perte occasionnée par sa faute, quelle qu'en soit d'ailleurs la cause; il est tenu des détériorations de l'objet, il est tenu si par le non-usage il a laissé éteindre quelques droits, par exemple des servitudes (1). Il est

(1) L. 13, D. XIII, 7.

responsable aussi du vol qui n'a pas été commis par violence; en un mot, comme le montre la L. 5, § 15, D. XIII, 6 (1), il est tenu de la *culpa*, de la *diligentia* et de la *custodia*. Or, d'après les explications que nous avons données en traitant de la prestation de la faute, cela veut dire qu'il est tenu de la conservation, du profit, et qu'il est responsable de la fuite des esclaves et des animaux (2).

883. 4° Le créancier doit restituer la chose non détériorée, avec les accessions et les fruits, tant ceux perçus que ceux à percevoir. Cette restitution doit se faire, dit la L. 9, § 3, D. XIII, 7, et l'action *pignoratitia* est née lorsque toute la dette a été payée ou que le créancier a été satisfait. Quant au paiement, il libère le gage, soit qu'il ait été fait au créancier, soit qu'il l'ait été à son mandataire ou à son délégataire, soit qu'il ait été fait par le débiteur, soit qu'il l'ait été par un tiers. La compensation est assimilée au paiement, n'étant qu'un paiement mutuel. Mais dans tous les cas, il faut que le paiement soit intégral. Le gage est libéré lorsque le créancier s'est contenté d'autre chose que du gage, dit la L. 9, D. XIII, 7, soit qu'il ait obtenu caution, soit qu'il y ait eu novation, soit qu'il ait accepté un autre débiteur, *expromissio,* soit qu'il ait obtenu un prix pour se désister du gage, soit qu'il y ait renonciation gratuite, fût-ce par simple pacte. Il y a aussi un cas où le gage peut être redemandé indépendamment de tout paiement, c'est celui de la L. 11, § 2, D. XIII, 7, à savoir : lorsque le gage avait été donné en vue d'un prêt qui n'a pas eu lieu.

884. 5° Si le créancier après le terme échu, les dénonciations faites, le délai légal observé, a vendu le gage, il doit, lorsque le prix excède ce qui lui est dû, restituer cet excédant au débiteur ou au créancier hypothécaire qui le suit. Cependant, c'est à ce créancier lui-même à veiller à ses intérêts et à se présenter (3). Si le créancier gagiste qui a vendu le gage, au lieu de restituer l'excédant à son débiteur, en a fait emploi, il doit les intérêts; il les doit aussi s'il a été constitué en demeure (4). Si le prix n'est

(1) Comp. L. 13, D. XIII, 7.
(2) Voyez plus haut les nos 205 et suivants.
(3) L. 12, § 5, D. XX, 4.
(4) L. 6, § 1, et L. 7, D. XIII, 7.

pas payé, le débiteur peut demander que le créancier vendeur lui fasse cession de l'action, à concurrence de l'excédant. Cependant, dit la L. 24, § 2, D. XIII, 7, cette cession se fera aux risques du créancier cédant, qui étant responsable de toute faute devra répondre aussi de l'insolvabilité de l'acquéreur, si cette insolvabilité lui est imputable, c'est-à-dire si elle a déjà existé au moment de la vente ou si elle est survenue alors que le créancier vendeur aurait pu se faire payer et s'est montré négligent. Par ce motif, et à cause de cette responsabilité, la L. 42, D. XIII, 7, dit que le créancier qui a vendu, ne se libérerait point s'il voulait déléguer l'acquéreur à son débiteur, car s'il pouvait s'acquitter envers le débiteur au moyen de la délégation qui opère novation, il serait libéré, lui créancier, et ne répondrait pas de la vente qu'il aurait faite. Si cependant l'insolvabilité du débiteur était survenue subitement, sans que le créancier gagiste fût en faute, non seulement ce créancier n'en répondrait pas, mais aussi comme il n'aurait pas obtenu le paiement de sa créance, le débiteur demeurerait obligé même après la vente du gage. Ce n'est pas la vente, mais le paiement qui libère le débiteur.

885. Telles sont les obligations du créancier gagiste, voyons quels sont ses droits :

1° Les droits du créancier gagiste consistent dans les droits de possession et dans le droit de vendre le gage, le cas échéant. Mais, en attendant, le créancier peut aussi engager le gage à son propre créancier, ce sous cette réserve générale cependant, qu'on ne peut céder plus de droits qu'on n'en a soi-même, que par conséquent la chose ne sera grevée au profit de l'arrière-créancier gagiste qu'à concurrence de la somme pour laquelle elle était grevée au profit du premier créancier, et que le droit du premier créancier étant éteint, celui de l'arrière-créancier le sera également (1). Mais pour empêcher que cette extinction ne se fasse à son préjudice, l'arrière-créancier gagiste n'a qu'à signifier au débiteur de son cédant, la concession de gage qui lui est faite, concession de gage qui implique en même temps concession d'hypo-

(1) L. 40, § 2, D. XIII, 7.

thèque sur la créance même (1). Après cette signification le débiteur ne peut plus libérer le gage qu'en payant à l'arrière-créancier. Celui-ci, à défaut de paiement, ne peut cependant vendre le gage qu'au cas où le premier créancier aurait pu le faire et lorsque sa propre créance est échue. Cependant l'arrière-créancier n'a besoin d'observer les formalités, les délais prescrits, qu'à l'égard du premier débiteur, car lui seul est exproprié (2).

2° Le créancier gagiste a le droit de retenir le gage non seulement jusqu'au paiement intégral de la créance à laquelle il est spécialement affecté, mais aussi jusqu'au paiement des autres créances chirographaires échues ou non échues qu'il peut avoir contre le même débiteur. S'il a vendu le gage, il peut aussi compenser l'excédant avec ces autres créances.

Le droit de rétention introduit par Justinien, à la L. 1, C. VIII, 27, est un droit tout-à-fait exceptionnel, car en règle générale la rétention ne peut s'exercer que pour des contre-prétentions connexes à la demande, pour impenses faites à la chose demandée, pour dommage occasionné par cette chose; en un mot, elle ne peut s'exercer que dans les cas où le défendeur pourrait intenter une action née du contrat même sur lequel est fondée la demande. Aussi la L. 1, C. VIII, 27, a-t-elle fait naître plusieurs controverses. On s'est demandé d'abord si ce droit de rétention pour autres dettes chirographaires, peut aussi être exercé par le créancier hypothécaire au cas où ce créancier, au moyen de l'action hypothécaire, s'est mis en possession du gage? On a élevé ce doute, parce que dans le texte de la loi on ne rencontre que le mot *pignus*. Mais dès l'instant que le créancier hypothécaire possède la chose hypothéquée, l'hypothèque se convertit en *pignus*, et d'un autre côté, le mot *pignus* est souvent employé pour hypothèque (3), de même que les mots *actio pignoratitia* sont souvent employés pour désigner l'action hypothécaire. Mais ce qui circonscrit ce droit de rétention, c'est qu'il est personnel, c'est qu'il ne

(1) L. 40, D. XIII, 7. — SINTENIS, *Handbuch des gemeinen Pfandrechts*. Halle, 1836, p. 189.

(2) L. 13, § 2, D. XX, 1; — L. 2, C. VIII, 24.

(3) L. 1, § 1, D. XIII, 7.

peut être opposé qu'au débiteur ou à ses héritiers, et nullement aux tiers. La L. 1, C. VIII, 27, dit formellement qu'il ne peut être opposé au *secundus creditor*, c'est-à-dire au créancier hypothécaire suivant; d'où nous devons conclure qu'il ne peut être opposé non plus aux tiers-acquéreurs de la propriété. Enfin, si un tiers a donné sa chose en gage pour le débiteur, dès que la dette pour laquelle la chose a été engagée, est éteinte, le gage devra être restitué. Ce droit de rétention exceptionnel diffère donc du droit de rétention pour impenses en ce qu'il a un caractère tout-à-fait personnel.

De plus, comme ce droit est fondé sur l'*exceptio doli*, le débiteur qui redemande le gage alors qu'il doit encore, est censé commettre un dol. C'est sur cette hypothèse que repose la L. 1, C. VIII, 27. Nous admettons avec Sintenis qu'il ne peut être exercé du chef de celles des créances pour lesquelles le débiteur aurait consenti un gage spécial; d'ailleurs cette loi ne fait mention que des créances *sine pignore*. A cause de la L. 11, D. XIII, 7, nous admettrons aussi que le créancier gagiste ne peut retenir le gage pour les créances qui ont été contractées en même temps que celle pour laquelle la chose a été engagée. Cette loi décide que si le gage n'a été consenti que pour le capital ou pour les intérêts seulement, l'action *pignoratitia* peut être intentée, si le capital seulement ou les intérêts seulement ont été payés; donc pas de droit de rétention pour le reste.

886. Le même droit de rétention est aussi consacré par l'article 2082 du Code civil. Mais cet article n'a été admis qu'après discussion, et la disposition a été restreinte aux créances que le créancier nanti a acquises contre le même débiteur postérieurement au nantissement; de plus, il a été soumis à la condition que ces créances fussent échues au moment où la première est payée. Ce droit de rétention, d'après la lettre et l'esprit du Code, repose sur un consentement présumé entre le créancier et le débiteur. C'est pour ce motif qu'il n'a été admis ni pour les créances antérieures à la concession du gage, ni pour les créances postérieures non échues, car alors on ne peut supposer que le débiteur qui stipule un terme plus long, ait consenti à affecter le gage à cette

dernière, et à se priver plus longtemps de la chose engagée. De là il suit que ce droit, alors même que plusieurs dettes sont dues par le même débiteur et qu'elles sont postérieures au nantissement, n'existe pas, toutes les fois que la présomption du consentement ne saurait être admise. Ainsi, le droit de rétention ne pourrait être exercé si le créancier avait acquis une créance postérieurement par cession ou même par succession; car, puisque le cédant ou le défunt n'aurait pu exercer du chef de cette créance aucun droit de rétention, le concessionnaire, l'héritier, ne saurait pas l'exercer non plus. Du reste, le droit de rétention pour les créances postérieures exigibles et personnellement contractées par le même débiteur, demeure aussi un droit personnel qui ne peut être opposé qu'au débiteur et à ses héritiers. Il y a plus : d'après l'art. 2074, tout nantissement, si la valeur du gage excède 150 fr., n'est qu'un droit personnel, tant que les formalités prescrites par cet article n'ont pas été observées.

887. 1° Le créancier gagiste a le droit de se faire rembourser non seulement par voie de rétention, mais par l'action *contraria* les impenses nécessaires, les impôts et les autres charges qu'il a dû acquitter comme possesseur. Il a le droit de demander ce remboursement alors même que la chose a péri sans qu'il y eût faute de sa part; c'est surtout dans ce cas que se fait sentir l'utilité de l'action *contraria* (1). Il y a plus, les impenses nécessaires, les charges et impôts publics sont considérés comme un accroissement de l'obligation principale; par conséquent ce remboursement est également garanti par le gage, par l'action hypothécaire (2).

Quant aux impenses utiles, lorsqu'elles ont été faites du consentement du débiteur, il est incontestable qu'elles peuvent être redemandées (3). Mais si le débiteur n'y a pas consenti, la question doit se résoudre *ex arbitrio judicis*. Les impenses ont-elles réellement amélioré la chose? Peut-on supposer que le débiteur lui-même eût fait un sacrifice si considérable? — Voilà d'après la

(1) L. 18 *pr.*, D. XIII, 7; — L. 29, D. X, 2.
(2) L. 6, C. VIII, 14.
(3) L. 25, D. XIII, 7.

L. 25, D. XIII, 7, la question que le juge aura à examiner. Quant aux impenses voluptuaires, le créancier n'a qu'un *jus tollendi*, si l'enlèvement peut s'opérer sans endommager la chose (1).

2° Le créancier a en outre le droit d'intenter l'action *contraria* lorsque la chose ne présente pas les garanties qu'elle devait lui procurer. D'après cela, il a cette action lorsqu'à son insu il a reçu en gage la chose d'autrui, qu'il y ait eu éviction ou non. Si le débiteur en cela a été de mauvaise foi, il peut en outre être poursuivi comme stellionataire (2).

Il en est de même lorsque la chose était déjà frappée d'hypothèque, si le débiteur n'en a averti le créancier, à moins toutefois que la chose ne vaille incontestablement plus que les créances pour lesquelles elle est engagée (3).

Enfin, tout dol d'où résulte pour le créancier une diminution de garantie fonde l'action *contraria*, avec laquelle peuvent concourir l'action de stellionat et l'action *furti*, si, comme dans l'espèce de la L. 36, D. XIII, 7, il y a substitution frauduleuse d'un objet à l'autre.

L'action *contraria* dans ces divers cas, de même que l'action *in factum* quand il s'agit du *pactum hypothecae* (4), a pour objet le *quod interest*, qui sera apprécié par le juge et consiste ordinairement en ce que le créancier recevra une autre garantie avec remboursement des impenses qu'il peut avoir faites à la chose, et les frais qu'il peut avoir payés dans les procédures en éviction (5). Il faut remarquer cependant ici que la caution n'est jamais responsable de ces dommages-intérêts; l'action *pignoratitia*, dit la L. 54, D. XIII, 7, ne pourra aucunement grever la caution, car celle-ci n'a engagé sa foi que pour la créance et nullement pour le gage.

3° L'action *contraria* peut encore être intentée pour dommage que la chose a pu causer chez le créancier. A cet égard il faut cependant faire quelques distinctions. Si le créancier a été averti

(1) L. 40, D. XVII, 1.
(2) L. 1, § 2, et L. 9, D. XIII, 7.
(3) L. 36, § 1, D. XIII, 7.
(4) L. 15, D. XX, 1.
(5) Voyez la L. 32, D. XIII, 7, et la glosse.

de l'état nuisible de la chose ou du danger, il n'a aucun recours pour le préjudice qu'il aura souffert. S'il n'a pas été averti, mais que le dommage n'est imputable ni à lui ni au débiteur, si tous les deux ont ignoré les qualités nuisibles de la chose, comme il peut arriver au cas ou le dommage a été causé par des animaux, il y a lieu d'appliquer le principe des actions noxales; le débiteur s'affranchira de toute indemnité s'il veut abandonner la chose même, sans préjudice pour le créancier de son droit de créance (1). Si le débiteur seul a connu l'état nuisible de la chose, il est tenu de tout dommage et intérêt (2). Si le débiteur détruisait la chose donnée en gage, l'action *ad exhibendum*, s'il l'endommageait par son fait, l'action *utilis ex Lege Aquilia* concourrait avec l'action *pignoratitia contraria* (3).

4° Le créancier peut intenter l'action *contraria* afin que le débiteur le dédommage des condamnations qu'il peut avoir encourues comme vendeur au profit de l'acheteur évincé (4).

888. Les actions qui naissent du contrat de gage, comme toutes les actions nées d'un contrat, sont personnelles. Il suit de là :

1° Que l'action *pignoratitia directa* ne peut être intentée que par le débiteur et ses héritiers, nullement par un tiers, ce tiers eût-il donné au débiteur une chose qui lui appartient, pour que celui-ci la donnât en gage.

2° Que cette action n'est donnée que contre le créancier et contre ses héritiers, nullement contre le tiers qui possède le gage.

Au premier cas, celui qui a donné la chose au débiteur pour qu'elle soit oppignorée, n'a d'action personnelle que contre le débiteur, soit l'action *commodati* s'il l'a donnée gratuitement (5); soit l'action *locati*, s'il a reçu un salaire; soit l'action *praescriptis verbis*, s'il l'a donnée en vue d'un autre avantage. Il ne peut agir contre le créancier qui détient la chose engagée que par la revendication, à laquelle le créancier opposerait l'exception *doli* tant

(1) L. 26, C. VIII, 14.
(2) L. 31, D. XIII, 7.
(3) L. 27, D. XX, 1.
(4) L. 22, § 4, D. XIII, 7.
(5) L. 5, § 12, D. XIII, 6.

qu'il n'a pas été satisfait, parce que la chose a été engagée du consentement du propriétaire; mais il ne pourrait aucunement intenter l'action *pignoratitia directa*. — C'est ce qui résulte de la L. 5, § 12, D. XIII, 6, et de la L. 27, D. XIII, 7, dont nous avons examiné la première, en traitant du commodat, au n° 812.

L. 27, D. XIII, 7. — Un créancier redemande l'argent qu'il avait prêté. L'emprunteur ne pouvant payer, donne à ce créancier des objets d'or, afin qu'il puisse contracter un emprunt en engageant ces objets. Si, dit la loi, après avoir été engagés, ces objets ont été dégrevés par celui qui les avait reçus pour les engager, il sera forcé de les restituer au débiteur; s'ils se trouvent encore engagés, le débiteur aura bien envers son créancier une action *propria*, afin qu'ils lui soient restitués après avoir été dégrevés, mais il n'aura l'action *pignoratitia*, ni contre son créancier, ni contre le créancier de celui-ci, parce qu'avec aucun des deux il n'a contracté un gage. Toutefois, il aura contre son créancier l'action *propria* qui est l'action *praescriptis verbis*, parce qu'il lui a prêté sa chose non pas gratuitement, mais pour obtenir un délai, c'est-à-dire en vue d'un avantage. L'action *pignoratitia* ne saurait donc être exercée par un tiers, ce tiers fût-il propriétaire du gage.

L'action *pignoratitia* ne saurait non plus être intentée contre les tiers, pas même contre le cessionnaire ou créancier gagiste, car on ne saurait par l'effet de la cession se dégager d'une obligation qu'on a contractée (1). Le débiteur ne peut intenter contre les tiers que l'action en revendication ou, suivant les circonstances, l'action en pétition d'hérédité.

Cependant plusieurs praticiens ont préféré l'opinion que l'action directe du gage était *in rem scripta*, qu'elle pouvait s'intenter contre les tiers. On dit d'abord que cette action repose principalement sur le paiement fait par le débiteur, et on invoque un passage du droit canon. Mais, quant au premier argument, il ne prouve rien, puisque s'il est vrai que ce paiement est le *fundamentum proximum* de l'action *pignoratitia*, il résulte de là que le paiement fonde l'action contre le créancier et non contre le tiers;

(1) L. 9, C. IV, 39.

et quant au droit canon, il y est bien question d'une action que le débiteur intente contre les tiers, mais cette action n'est pas l'action *pignoratitia*, elle est la revendication (1); dans l'espèce décidée par le droit canon, le créancier gagiste avait lui-même donné la chose en gage, et le débiteur après avoir payé son créancier avait intenté la revendication contre le créancier de celui-ci. Ce débiteur n'avait qu'à prouver le paiement, la libération du gage, pour que son action fût fondée. C'est pour cela que le texte cité parle du paiement (2). Mais conclure de là que l'action *pignoratitia* peut être intentée contre les tiers, parce qu'elle est fondée sur le paiement, c'est ce qu'on ne saurait admettre. Du reste, les textes du droit romain qu'on invoque, prouvent que ce n'est jamais l'action *pignoratitia* que le débiteur peut, le cas échéant, intenter contre les tiers, mais une autre action, soit la revendication, soit l'*hereditatis petitio*, soit l'action que le créancier gagiste a contre le tiers avec lequel il a contracté, et à laquelle le débiteur, comme mandant du créancier gagiste, peut recourir *utiliter* en vertu du principe que celui à qui une action doit être cédée, peut aussi indépendamment de la cession intenter cette action *utiliter*. C'est ce dont va nous convaincre l'analyse des textes cités par les auteurs qui ont adopté l'opinion contraire.

L. 13, D. XIII, 7. — Un créancier vend le gage; il est convenu que le débiteur, s'il paie encore la dette à l'acquéreur, pourra rentrer dans ses droits. Cette stipulation faite au profit d'un tiers est obligatoire ici, d'abord parce que le stipulant, comme mandataire, est intéressé à ce qu'elle le soit, ensuite parce qu'il s'agit de conserver la chose au tiers au profit duquel on stipule (3). La stipulation faite par le créancier au profit du débiteur gagiste est donc ici valable, comme celle qui est faite par le non propriétaire qui en faisant un dépôt, stipule que la chose sera restituée au propriétaire; et le débiteur au profit duquel il a été stipulé par le créan-

(1) c. 6, X, *de pign.*

(2) Comp. FRESENIUS, *De pignoratitia actione adversus tertium, rei oppigneratae possessorem, non competente.* Heidelb, 1818. — GLUCK, *Pand.*, XIV, p. 156-168.

(3) Voyez ce que nous avons dit au premier volume, en traitant de la stipulation pour un tiers.

cier aura l'action *venditi utilis,* de même que le propriétaire dans le cas de la L. 8, C. III, 42, a l'action *depositi utilis*. D'après cela, la L. 13 décide que le débiteur dont le gage a été vendu par le créancier avec la stipulation mentionnée, aura d'abord contre le créancier l'action *pignoratitia,* pour obtenir de lui la cession de l'action *ex vendito* qu'il a contre l'acheteur, mais aussi qu'il aura contre l'acheteur soit la revendication (en effet le paiement du prix doit résoudre la propriété), soit l'action *in factum,* qui est ici l'action *utilis venditi* que doit lui céder son créancier gagiste.

Deux autres lois, la L. 28, D. XIII, 7, et la L. 2, D. XX, 6, s'occupent du cas où le débiteur revendique le gage qui se trouve entre les mains d'un tiers, sans qu'il ait été vendu légitimement. Voici le cas de ces lois. Le créancier perd le gage, il intente l'action hypothécaire contre le tiers possesseur, mais celui-ci usant du droit qu'il a, du *beneficium cessionis,* désintéresse le créancier demandeur en se faisant céder ses actions. Après cela, le débiteur qui est resté propriétaire vient intenter l'action revendicatoire. — Les deux lois décident que dans ce cas le débiteur sera repoussé par l'exception tirée de la cession d'action, l'*exceptio doli,* s'il ne restitue à ce possesseur tout ce que celui-ci a payé pour désintéresser le créancier qui l'avait actionné hypothécairement.

Les actions que le débiteur peut intenter contre les tiers ne sont donc que les actions revendicatoires, et l'action que le créancier vendeur en sa qualité de mandataire du débiteur aurait dû céder à celui-ci, action que la L. 13, D. XIII, 7, appelle *actio in factum.*

889. Il nous reste à examiner, si l'action *pignoratitia* est prescriptible.

Le gage lui-même ne saurait être acquis par le créancier gagiste, ni par ses héritiers par aucune espèce de prescription; on ne prescrit pas contre son titre. Par les tiers il peut être prescrit, soit au moyen de la prescription ordinaire, soit au moyen de la prescription extraordinaire. Le créancier et ses héritiers ne sauraient prescrire que contre l'action *pignoratitia.* Cette opinion n'est plus guère contestée, car les LL. 10 et 12, C. IV, 21, sur lesquelles on s'est appuyé pour enseigner le contraire, disent seulement que ni le créancier gagiste ni ses héritiers ne peuvent invoquer la prescription acquisitive de la propriété.

Mais ce qui est contesté, c'est la question de savoir à quelle époque commence la prescription de l'action *pignoratitia*. Les uns, tels que Vinnius et Cocceius, veulent faire commencer la prescription à partir du contrat pignoratif; ils disent que dès ce moment le débiteur doit s'imputer sa négligence, que par conséquent il devient passible de la prescription extinctive. Suivant d'autres, parmi lesquels Glück, la prescription ne doit commencer qu'à partir du moment où le débiteur a payé sa dette, parce que dès ce moment seulement est née l'action *pignoratitia*. Quant à la première opinion, on ne saurait l'admettre, parce que le débiteur ne saurait être considéré comme négligent à partir du moment où le gage est concédé; en effet, ou la dette est à terme ou elle est sans terme; si elle est à terme, il a le droit de ne pas payer avant le terme, comment donc pourrait-on lui imputer de la négligence? Et que serait-ce donc si le terme était stipulé dans l'intérêt du créancier! Dans ce cas, il ne serait pas même au pouvoir du débiteur de payer avant le terme. Si la dette est sans terme, on doit encore décider de même, puisqu'une fois que le créancier a accepté la foi du débiteur, on doit dire que tant qu'il n'a pas formé de demande, le débiteur est présumé différer le paiement du consentement du créancier; donc il n'y a rien à lui imputer non plus, et par conséquent l'on ne saurait dans aucun cas faire courir la prescription à partir du contrat même.

Quant à la seconde opinion, elle est trop favorable au débiteur. Sans doute, si le débiteur paie exactement au terme fixé ou à la sommation à lui faite, c'est à partir du paiement que court la prescription; mais s'il est négligent, s'il laisse écouler le terme, s'il ne défère pas à la sommation, devra-t-il profiter de sa négligence, de son retard? Ce serait contraire aux principes sur lesquels repose la prescription, qui doit précisément atteindre ceux qui sont négligents.

Pour ces motifs, nous admettons que la prescription de l'action *pignoratitia* commence à courir à partir du terme où le débiteur doit payer, ou à partir de la sommation.

DES DONATIONS.

NOTION DE LA DONATION ET ANALYSE DES ÉLÉMENTS QUI LA CONSTITUENT.

Sommaire.

890. Notion de la donation. — Elle n'est ni un mode de transférer la propriété, ni une convention. — Elle peut revêtir ces formes, mais ne le doit point. — Définition et analyse de ses éléments constitutifs.

891. Pour qu'il y ait donation, il faut : 1° Une diminution de patrimoine appréciable, d'une part, et augmentation d'autre part. — Conséquences quant au mandat, au dépôt, au commodat, au précaire.

892. La renonciation à une succession ou à un legs, dans l'intention de favoriser celui qui recueille l'avantage, et au profit d'une personne déterminée, n'est pas en général considérée comme une donation. Disposition différente du droit moderne.

893. Il faut 2° que l'augmentation de patrimoine ait eu lieu *ex lucrativa causa*, c'est-à-dire *sine causa nec praeterita, nec praesenti, nec futura*. — Exemples.

894. Outre la diminution et l'augmentation *ex lucrativa causa*, il faut : 3° L'*animus donandi*, l'esprit de libéralité. — Donation indirecte, c'est-à-dire déguisée sous la forme d'un contrat commutatif.

895. Quand l'acceptation est-elle requise en matière de donation? — Peut-elle valablement intervenir après la mort ou l'incapacité du donateur? — Lorsqu'une donation acceptée dépend d'une condition, la mort du donateur *pendente conditione*, fait-elle crouler la donation?

890. Bien que primitivement, comme l'indique l'étymologie, la *donatio* ait supposé une *datio*, un transport de la propriété (1),

(1) La L. 35, § 1, D. XXXIX, 6, dit : *Donatio dicta est a dono, quasi doni datio.*

bien que ce mot ait été étendu aussi à la promesse de donner (1); cependant la donation, considérée dans son acception générale et dans ses éléments essentiels, n'est ni un mode de transférer la propriété, ni une convention, ni un contrat. Sans doute la *datio* peut constituer la donation lorsqu'elle a lieu dans l'esprit des parties *nullo jure cogente* ou *sine causa praeterita nec futura*, et, par conséquent, sans autre cause que la libéralité; sans doute l'acte qu'on appelle *datio*, transfère la propriété. Il est vrai encore que la stipulation, même le simple pacte sous Justinien, peut constituer la donation, lorsque ce pacte a lieu dans l'esprit des parties *nullo jure cogente*. Mais la donation n'est nécessairement, n'est essentiellement ni un mode de transférer la propriété, ni une convention. Elle peut nous apparaître dans l'une de ces formes, mais elle peut aussi revêtir des formes plus nombreuses et plus variées. Outre la remise, qui est aussi un pacte libératoire; outre la renonciation à des droits réels, qui exige l'acceptation comme la remise; outre ces actes, qui conservent par conséquent le caractère de la convention, il y a des cas où la donation ne requiert pas d'acceptation, où elle n'est ni un mode de transférer la propriété, ni une convention, ni un pacte obligatoire, mais un pacte libératoire. C'est ce qui a lieu (2) :

1° Lorsqu'on paie la dette d'un tiers avec une intention libérale, ce qui peut avoir lieu *inscio* et même *invito debitore* (3).

2° Lorsque par une *expromissio* on libère un tiers, en se constituant débiteur en sa place, ou lorsqu'on accepte une délégation, ce qui peut également avoir lieu *inscio et invito debitore* (4).

3° Lorsqu'on se porte caution dans l'intention de n'exercer aucun recours contre le débiteur cautionné; dans ce cas, la donation est conditionnelle, elle dépend du paiement fait par la caution (5).

4° Lorsqu'on vend au-dessous du prix, dans l'intention d'exercer

(1) L. 2, D. XXXIX, 5.

(2) Voyez F. W. L. De Meyerfeld, *Lehre von den Schenkungen nach Röm. Recht.* Marbourg, 1825, p. 37. — Savigny, IV, p. 146,

(3) L. 23, D. XLVI, 3; — L. 7, § 7, et L. 50, D. XXIV, 1.

(4) L. 91, D. XLVI, 3; — L. 21, D. XXXIX, 5.

(5) L. 62, D. XVII, 1; — L. 4, D. III, 5.

sciemment une libéralité. Dans ce cas il y a donation de la différence, quand même l'acheteur n'aurait pas accepté la vente comme une libéralité, mais croirait avoir payé le juste prix (1).

3° Lorsqu'on paie sciemment un *indebitum,* que celui qui reçoit sache ou ignore qu'il y ait *indebitum.*

Cependant Cujas (2) prétend que toute donation requiert une acceptation, et les auteurs qui, comme Mühlenbruch et Thibaut, définissent la donation : une convention, sont nécessairement du même avis (3).

Mais, si les actes cités sont inévitablement des donations, et ils le sont, car par les LL. 7, § 7, — 5, § 4 et 50, D. XXIV, 1, ils sont prohibés comme donations entre époux, il doit en résulter que la donation, en général et essentiellement, ne requiert pas l'acceptation. Elle requiert bien, dans tous les cas, une intention libérale dans la personne de celui qui fait un sacrifice de fortune, soit en donnant une chose, un *jus in re, dando,* soit en s'obligeant, *se obligando,* soit en libérant quelqu'un, *liberando,* mais elle ne requiert l'acceptation que dans les cas où la donation revêt la forme de la convention, du pacte obligatoire ou libératoire, et dans les cas où elle est une dation proprement dite.

La donation ne réside donc ni dans le transport de la propriété, ni dans la convention ou le contrat; elle peut emprunter ces formes, mais aussi elle en est indépendante, elle peut en revêtir d'autres; par exemple : une femme paie pour son mari, dans une intention libérale, 1000 francs de dettes; elle lui fait une donation prohibée, tout aussi bien que si elle lui remettait les 1000 francs.

Pour définir la donation, nous dirons avec Meyerfeld et Savigny, qu'elle est tout acte qui implique un sacrifice de fortune, de telle sorte que ce sacrifice procure un avantage, concernant le patrimoine, à une personne déterminée. Et quand nous disons

(1) L. 5, § 5, D. XXIV, 1.
(2) CUJAS, *Observ.* XII, ch. 28.
(3) MUHLENBRUCH, *Doct. Pand.*, § 440; — MACKELDEY, § 421; — THIBAUT, § 529.

sacrifice, nous entendons par là une aliénation, le mot pris dans le sens le plus général, une aliénation accompagnée d'une intention libérale. Ainsi :

1° Aliénation, dans le sens large du mot;

2° Avantage appréciable et concernant le patrimoine;

3° Intention libérale;

Tels sont les éléments constitutifs de toute donation.

891. L'aliénation, dans le sens général du mot, est une diminution de patrimoine. Par conséquent, d'après notre définition, un acte libéral qui n'impliquerait pas diminution du patrimoine, ne serait pas une donation. Par ce motif le mandat, le dépôt, la *negotiorum gestio,* le commodat, le précaire, bien qu'ils constituent des actes de libéralité, bien qu'ils procurent même un avantage plus ou moins appréciable au mandant, au déposant, au commodataire, au possesseur à titre précaire, ne constituent cependant pas une donation. De tels actes de libéralité, qualifiés de *beneficia,* ne sont considérés que comme des actes de complaisance; aussi sont-ils valables entre conjoints pendant le mariage (1).

Cependant, s'il résultait de ces actes une diminution de patrimoine appréciable d'une part et une augmentation d'autre part, s'ils renfermaient une donation déguisée, si par exemple des bâtiments considérables étaient donnés en commodat, ou mis à la disposition d'une personne pour longtemps, sous le prétexte d'y déposer des marchandises, il est évident qu'à ces actes on devrait appliquer les dispositions qui régissent la donation, car ce ne sont plus des *beneficia.* La donation consisterait ici dans les sommes que la personne gratifiée aurait dû débourser si elle n'avait point été avantagée de ce prétendu dépôt ou commodat, car le commodat peut avoir pour objet un immeuble, et c'est alors surtout qu'il peut facilement dégénérer en donation déguisée (2).

892. De ce que la donation exige avant tout un sacrifice, une diminution de patrimoine, on en a conclu en droit romain que la

(1) L. 9, § 3, D. XXIII, 3; — L. 58, § 2, D. XXIV, 1; — L. 14, § 11, D. XLVII, 2. — Voyez aussi la L. 14, D. XLIII, 26, et ce qu'en dit Savigny, IV, p. 27, note i.

(2) L. 1, § 1, D. XIII, 6; — L. 17 *pr.*, D. XIX, 5; — L. 9, D. XXXIX, 5. — Voyez plus haut les nos 803 et 804.

renonciation faite par un héritier ou par un légataire, en vue de procurer un bénéfice au substitué, ou à la personne qui, par l'effet de la renonciation, recueille l'avantage, ne constitue pas la donation. C'est pourquoi une telle renonciation est valable et sort ses effets entre conjoints pendant le mariage; c'est un acte par lequel on néglige d'augmenter son patrimoine, et non par lequel on le diminue (1). Il y a plus : cette renonciation faite au préjudice des créanciers, ne donne pas lieu à l'action paulienne (2).

Cette disposition du droit romain ne s'explique peut-être que par les formes dans lesquelles la donation était autrefois circonscrite; car, au fond, ne pas augmenter son patrimoine, en vue de procurer un bénéfice à une autre personne, quand cette augmentation peut avoir lieu sans peine, sans sacrifice, c'est diminuer son patrimoine au profit de cette personne, c'est disposer d'un avantage qu'on pouvait recueillir. Aussi en droit moderne, la renonciation au profit d'une personne déterminée qui accepte, implique-t-elle acceptation de la succession; et si cette renonciation est faite gratuitement, elle constitue une donation, soumise par conséquent aux formes que trace la loi. La renonciation pure et simple, la renonciation qui n'implique pas disposition de la succession même, doit être faite, selon l'art. 784 du Code civil, au greffe du tribunal de première instance, dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte, sur un registre particulièrement tenu à cet effet.

Mais si le droit romain reconnaît que pareille renonciation faite au profit d'une personne déterminée, implique donation, il ne le reconnaît qu'exceptionnellement, en faveur du mariage, en faveur de la femme, à savoir lorsque la femme fait sa renonciation au profit de son mari, qui lui est substitué dans une disposition de dernière volonté, et du consentement du mari. Cette renonciation constitue une donation équivalant à une constitution de dot, et oblige par conséquent le mari, comme si la femme elle-même avait accepté la succession et la lui avait transférée à titre de dot (3). Mais la L. 5, § 1, D. XXIII, 3, prouve que cette

(1) L. 5, §§ 13 et 14, D. XXIV, 1.
(2) L. 34, D. L, 17; — L. 6, §§ 2 et 5, D. XLII, 8.
(3) L. 14, § 3, D XXIII, 3.

disposition doit être restreinte à la renonciation faite par la femme, et ne peut pas s'étendre à la renonciation faite par toute autre personne.

Quant à la renonciation qui est faite, sous l'empire du droit français, conformément à l'art. 784, purement et simplement, si elle tournait au préjudice des créanciers, ceux-ci pourraient, en vertu de l'art. 788, se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur. Pareille renonciation serait donc annulée en faveur des créanciers et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances, et non pas au profit de l'héritier qui aurait renoncé.

893. La seconde condition de toute donation est que le sacrifice fait d'une part procure à une autre personne un avantage appréciable à prix d'argent. Celui qui par exemple affranchit un esclave, diminue son patrimoine, mais il donne la liberté, *res inaestimabilis;* il ne fait pas une donation proprement dite. Il en est de même du rachat des captifs, et d'autres œuvres pieuses qui exigent il est vrai des sacrifices, mais qui procurent des biens inestimables (1).

De ce que, pour constituer la donation, le sacrifice fait d'un côté doit augmenter le patrimoine de l'autre côté, il suit que les actes qui, sans étendre le patrimoine d'une personne, ne font que confirmer des droits déjà existants, ne constituent pas des donations. Ainsi, celui qui paie une dette naturelle, soit la sienne, soit celle d'un tiers, ou celui qui se chargerait par une *expromissio* de payer une dette naturelle, ne ferait pas donation au créancier; par le même motif, celui qui se constituerait caution ou qui consentirait une hypothèque pour une dette existante, soit naturelle soit civile, ne ferait pas non plus de donation au créancier, car les droits du créancier se trouvent bien affermis par de tels actes, mais non pas étendus (2). Par le même motif encore, la renonciation à un droit d'hypothèque n'est pas une donation, et peut se faire valablement entre conjoints pendant le mariage (3).

(1) L. 106, D. L, 17.

(2) L. 1, § 19, D. XXXVIII, 5.

(3) L. 1, § 1, D. XX, 6; — L. 8, § 5, D. *eod.*; — L. 18, D. XLII, 8; — L. 11, D. XX, 6.

La diminution de patrimoine d'un côté, l'augmentation de l'autre, doivent avoir lieu *ex lucrativa causa*, c'est-à-dire sans que l'augmentation soit compensée par un autre sacrifice, peu importe que ce sacrifice ait précédé ou accompagné ou doive suivre l'avantage. En d'autres termes : cette augmentation, pour être une donation, doit avoir lieu *sine causa nec praeterita, nec praesenti, nec futura*.

Elle doit avoir lieu, disons-nous, *sine causa praeterita*, — c'est en effet ce qui distingue la donation du paiement. Par ce motif, celui qui, après avoir fait une promesse de donner une chose, la donne ensuite, ne fait pas une donation en donnant, en livrant la chose; la donation consiste ici dans la promesse, il en résulte que si la promesse a lieu avant le mariage, elle pourra s'exécuter valablement pendant le mariage entre conjoints. Par le même motif le fiduciaire chargé de restituer le fidéicommis à l'un des deux fidéicommissaires, ne fait pas une donation à celui des fiduciaires qu'il choisit, car il agit *ex causa praeterita* (1).

Enfin, par le même motif encore, celui qui paie une dette naturelle, ne fait pas une donation (2); le paiement d'une obligation naturelle n'a pas lieu *sine causa;* il y a une *causa naturalis;* celui qui paie une telle dette, ne paie pas *nullo jure cogente;* c'est pourquoi il n'a pas, alors même qu'il a payé par erreur, la *condictio indebiti*. Mais celui qui donne par simple reconnaissance, fait une donation, attendu que le lien de la reconnaissance n'est pas un lien juridique, ni selon le droit civil ni selon le *jus gentium;* c'est un lien d'un autre ordre, non susceptible d'aucune espèce de coërcition. Celui qui donne par reconnaissance, agit donc *nullo jure cogente;* il donne *sine causa civili nec naturali;* il fait une donation, et nous verrons plus loin que c'est à tort que quelques auteurs ont voulu établir dans les effets, quelque différence entre cette donation rémunératoire et toute autre donation, la croyant exempte soit de la forme solennelle requise pour les donations excédant 500 *solidi*, soit de la révocabilité pour cause d'ingratitude.

(1) L. 67, D. XXXI.
(2) L. 19, § 4, D. XXXIX, 5.

Il faut, disons-nous, que le paiement ait été fait *sine causa praesenti nec futura.* — C'est en effet ce qui distingue la donation des contrats commutatifs; seulement, si dans les contrats commutatifs, la vente, le louage, la société, l'échange, l'une des parties reçoit beaucoup moins que l'autre, et que celle qui reçoit moins, ait néanmoins sciemment et spontanément accepté le contrat, il y a *negotium mixtum cum donatione,* dit la L. 18, D. XXXIX, 5. D'autre part si celui qui donne, impose une charge au donataire, mais que pourtant la charge n'équivaille pas au don, le *negotium mixtum* prend le nom de donation *sub modo.* Nous y reviendrons.

894. Il ne suffit pas qu'un acte implique diminution de patrimoine d'un côté, et augmentation *ex lucrativa causa* de l'autre côté; mais :

3° Il faut, pour qu'il y ait donation, l'*animus donandi;* il faut, en d'autres termes, que la diminution de patrimoine soit un sacrifice volontaire.

Celui qui paie un *indebitum* diminue son patrimoine, tandis que le patrimoine de celui qui reçoit en est augmenté; mais comme il croit payer une dette, il n'a pas l'*animus donandi;* pour ce motif il a seulement une action en répétition lorsqu'il agit par erreur, la *condictio indebiti,* tandis qu'il n'a pas d'action lorsqu'il paie sciemment ce qu'il ne doit pas.

Celui qui achète un objet trop cher, ou qui le vend beaucoup au-dessous du prix, sans en connaître la valeur réelle, diminue son patrimoine et augmente celui de la personne avec laquelle il contracte; mais comme il ignore le véritable prix, il ne sait pas même qu'il diminue son patrimoine; donc il ne peut avoir aucune intention libérale, et par conséquent on ne saurait voir dans son acte une donation. Il y a plus : l'on peut connaître le juste prix, et cependant acheter beaucoup au-dessus du prix, sans avoir une intention libérale, car on peut agir ainsi parce qu'on a un besoin ou un désir extraordinaire d'avoir la chose. On peut aussi, connaissant le juste prix, vendre sciemment au-dessous de ce prix, sans avoir une intention libérale; telle est la position du vendeur qui agit par nécessité, et à qui la rescision pour lésion énorme est

accordée tout aussi bien qu'à celui qui vend ignorant le juste prix. Pour que la vente implique donation, pour qu'elle soit une vente gracieuse, il faut donc qu'on connaisse le juste prix, et qu'on vende spontanément au-dessous de ce prix, dans l'intention de faire un avantage à l'acheteur.

De là il suit qu'une vente peut être un *negotium mixtum cum donatione;* qu'un seul et même acte peut constituer une vente, un louage, ou une société, et en même temps une donation. Le mot *negotium* de la L. 18, D. XXXIX, 5, indique l'opposé de *donatio; negotium* veut dire, un acte où chaque partie cherche son intérêt (affaire). Supposez qu'une maison valant 50,000 francs soit vendue 30,000 à une personne que le vendeur veut avantager; supposez que cette vente ait été passée entre conjoints pendant le mariage; cet acte sera-t-il nul ou valable? La L. 5, § 5, D. XXIV, 1, répond : Si l'intention de l'un époux était de vendre et celle de l'autre d'acheter, mais qu'accessoirement le vendeur ait fait remise d'une partie du prix en vendant 30 ce qui vaut 50, la vente sera valable, mais la donation sera nulle; si au contraire l'intention a été de faire donation et que la vente n'ait servi que de moyen pour éluder la loi, s'il n'est pas entré sérieusement dans l'intention des parties de conclure une vente, tout sera nul.

La vente déguisée qui ne sert qu'à dissimuler une donation, est donc nulle comme vente. Mais elle est valable, au moins comme donation, entre parties capables de donner et de recevoir, bien que les anciens jurisconsultes disent qu'elle n'est valable que pour autant qu'elle ait été suivie de la tradition. Ceci s'applique au droit antérieur à Justinien, où la donation ne pouvait pas résulter du seul consentement; mais depuis qu'aucune forme spéciale n'est plus requise pour la donation qui ne dépasse pas 500 *solidi,* depuis que la donation ne requiert en principe que le consentement, et que l'on peut par conséquent y appliquer la règle : *Eadem est vis taciti ac expressi,* on doit dire que toute donation déguisée sous la forme d'un contrat onéreux, est valable lorsqu'elle est faite entre parties capables de donner.

Sous Justinien, pour apprécier la validité de ces donations, il ne s'agit donc plus que d'en évaluer le montant, et de voir, d'après

cette évaluation, si elles sont exemptes ou non de la formalité de l'insinuation. Si elles sont au-dessous de 500 *solidi,* elles sont valables; si elles sont au-dessus, elles sont nulles, mais pour l'excédant seulement. De même que toute autre donation faite dans une forme directe, ces donations demeurent du reste prohibées entre époux, et cela *a fortiori;* et elles sont également révocables pour les causes déterminées, survenance d'enfants, etc.

895. Nous avons vu que l'acceptation n'est pas une condition essentielle de la donation en général, puisqu'elle n'est requise qu'au cas où la donation revêt telle forme déterminée, comme celle de la tradition, ou d'une convention obligatoire ou libératoire (contrat consensuel).

C'est à la donation revêtue d'un acte consensuel, qui du reste est la plus fréquente, que se rapporte la L. 29, § 2, D. XXXIX, 5, quand elle dit : *Non potest liberaliter nolenti adquiri;* car ce texte ne peut évidemment s'appliquer aux cas indiqués au n° 890. Dans les actes consensuels de leur nature, il n'y a donc donation qu'après l'acceptation. Il suit de là que si avant l'acceptation le donateur est mort ou a été frappé d'aliénation mentale, l'acceptation sera inutile, et il n'y aura pas donation, car il serait impossible en pareil cas de désigner un moment où les deux volontés aient pu se rencontrer et constituer un consentement.

Quelqu'un a voulu me faire une donation, dit la L. 2, § 6, D. XXXIX, 5, il a remis une somme à un mandataire pour me la transmettre dans cette intention; mais il meurt avant que cette remise ait été faite. Cette remise après ma mort ne pourra plus constituer la donation, ne pourra plus me rendre propriétaire du don.

La L. 19, § 3, D. XXXIX, 5, nous fournit une autre application de ce principe : je fais un prêt à Titius, avec charge pour celui-ci de le restituer à Seius, à qui je veux faire donation de la somme prêtée; je meurs, et ensuite Titius remet la somme prêtée à Seius. Trois questions se présentent ici : — 1° Y a-t-il transport de propriété dans la personne de Seius? — 2° Y a-t-il donation? — 3° Titius en exécutant le mandat après ma mort, est-il libéré du prêt envers mes héritiers?

Il y a transport de la propriété, car Titius ayant été proprié-

taire de l'argent, a pu en transférer la propriété à Seius. Mais il n'y a pas de donation, d'après ce qui précède, car il faut acceptation du vivant du donateur. Enfin, Titius est libéré du prêt envers mes héritiers, s'il a exécuté son mandat de bonne foi, car la bonne foi du mandataire oblige les héritiers du mandant. — Mais il ne l'est pas, s'il a exécuté le mandat connaissant déjà ma mort, car alors il aurait dû savoir que son mandat était expiré. En ce dernier cas par conséquent, mes héritiers pourront intenter la *condictio mutui* contre Titius qui ne pourra pas se défendre en alléguant qu'il a payé la somme à Seius en exécution du mandat. Mais ces mêmes héritiers devront alors céder à Titius la condiction *sine causa,* qu'ils ont acquise contre Seius, attendu que ce qui a été donné *sine causa* à celui-ci, l'a été en mon nom. Si au contraire Titius a ignoré ma mort, s'il a exécuté le mandat de bonne foi, cette exécution a obligé les héritiers, ceux-ci intenteront la condiction *sine causa* contre Seius et ne pourront plus réclamer le prêt de Titius.

Une donation demeurerait valable, au contraire, si ayant été acceptée, le donateur venait à mourir pendant que la condition apposée à la donation est en suspens, car une telle donation est parfaite; elle réunit tous les éléments essentiels pour son existence, si bien qu'il n'est plus au pouvoir du donateur de la révoquer, mais qu'il faut qu'il attende l'événement. Or, si la volonté du donateur n'y peut plus rien, sa mort n'y peut rien non plus (1).

Ce que nous aurions à dire ici de l'erreur se trouve déjà expliqué plus haut (2).

(1) L. 2, § 5, D. XXXIX, 5.
(2) Voyez, au premier volume, les nos 94 et suivants.

DES PERSONNES QUI PEUVENT FAIRE UNE DONATION, ET DES CHOSES QUI EN PEUVENT ÊTRE L'OBJET.

Sommaire.

---

896. Ne peut, en général, faire donation que celui qui est capable de disposer du sien. Les incapables, ne pouvant disposer de leurs biens ni s'obliger, sont incapables de donner.

Mühlenbruch, au § 441, ajoute que le mineur ne peut non

plus faire de donation valable. Il est vrai qu'une donation faite par un mineur, aura rarement de l'effet; mais, comme l'a fait remarquer Meyerfeld, il serait inexact de dire que le mineur est incapable de donner. D'abord les biens-fonds du mineur ne peuvent être aliénés sans un décret du magistrat, et comme ce décret suppose une juste cause, c'est-à-dire, nécessité, avantage évident, il s'ensuit qu'un tel décret ne peut être obtenu pour une libéralité. Par conséquent toute donation d'immeuble faite par un mineur, sera nulle (1). Mais pour ce qui concerne la donation d'objets mobiliers, il faut distinguer si le mineur a un créancier ou s'il n'en a pas. S'il en a un, la donation qu'il a faite de son chef, sans le consentement du créancier, sera nulle (2). S'il n'a pas de créancier, ou si, en ayant un, il a contracté avec son consentement, il faut admettre que la donation est valable *ipso jure*, car chez l'individu pubère, en droit romain, la capacité est la règle. Du reste, ce qui prouve que *ipso jure* la donation est valable ici, ce sont les textes mêmes qui autorisent le mineur à poursuivre la restitution en entier de telles donations, restitution facilement admise, soit parce que le mineur aurait donné *sine justa causa*, soit parce que donnant avec juste cause, il aurait dépassé les justes limites (3).

La L. 4, § 9, D. XLIV, 4, n'est pas contraire à la validité de la donation en principe, car cette loi s'applique à une aliénation faite sans le consentement du curateur, là où ce consentement était requis; et quant à la L. 3, C. V, 74, elle se rapporte également à des choses qui ne peuvent être aliénées sans le décret du magistrat. Donc, sauf le bénéfice de la restitution que les mineurs obtiennent facilement quand il s'agit de donation, il faut dire en principe qu'ils peuvent disposer *ipso jure* des objets mobiliers qui peuvent être aliénés sans le décret du magistrat, qu'ils le peuvent, soit de leur seule autorité s'ils n'ont pas de curateur, soit du consentement de celui-ci, lorsqu'ils en ont un.

(1) L. 4, C. V, 71; — L. 3, C. V, 74.
(2) L. 3, C. II, 22.
(3) L. 1 et L. 2, C. II, 30.

897. A côté des incapacités qui existent généralement en matière d'obligations et d'aliénations, nous avons à mentionner deux incapacités spéciales :

1° L'incapacité provenant du lien de la puissance paternelle, de l'unité de personne, qui rend impossible la donation entre personnes qui sont l'une sous la puissance de l'autre, ou qui se trouvent toutes sous la même puissance, sous cette réserve cependant qu'à l'égard du pécule militaire, le fils de famille est considéré comme *sui juris*.

2° L'incapacité existant entre époux pendant le mariage. Si la loi, dans l'intérêt du mariage, favorise et entoure de garanties les donations que se font les futurs époux avant le mariage, la constitution de dot, la donation *propter nuptias*, elle dépouille de leur validité immédiate les donations qu'ils se font pendant le temps de l'union conjugale. Suivant les LL. 1 et 3, D. XXIV, 1, c'est en vertu d'une règle introduite par la coutume, que les conjoints ne pouvaient se dépouiller immédiatement l'un au profit de l'autre. Nos ancêtres ont pensé, dit la L. 3, que l'amour honnête n'aspire qu'à la possession du cœur; ils ont donc condamné cette espèce d'affection qui fait convoiter par l'un des conjoints le patrimoine de l'autre, pour s'enrichir à son détriment, et ils n'ont pas voulu qu'une harmonie feinte et hypocrite fût achetée à prix d'argent : *amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur: neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.*

Cette disposition prohibitive n'avait frappé que les donations entre-vifs. Les donations entre conjoints dans la pensée de la mort ayant un tout autre caractère, avaient toujours été permises. Nulle suspicion, en effet, ne peut frapper la donation, quand le donataire peut sa vie durant la révoquer; le conjoint qui donne à l'autre, pour le cas où il n'existera plus, ne se dépouille pas immédiatement, il ne fait qu'étendre sa sollicitude au-delà de la vie même; c'est pourquoi les donations pour cause de mort étaient valables. Il y a plus, la nullité qui avait frappé la donation entre-vifs, fut mitigée par un sénatusconsulte de Caracalla, qui eut pour but de faire considérer les donations entre-vifs des conjoints pen-

dant le mariage, comme étant faites dans la pensée de la mort : les donations entre-vifs, bien qu'elles continuassent donc à ne pas lier le donateur, ne furent cependant plus affectées que d'un vice que la non-révocation du donateur faisait complétement disparaître. En un mot, au lieu d'être nulles, ces donations, en vertu de ce sénatusconsulte, étaient seulement révocables tant que vivait le donateur, mais devenaient irrévocables par sa mort, si toutefois alors le donataire était encore en vie et capable (1). Toute espèce de révocation, toute volonté manifestée à cet égard expressément ou tacitement, suffisait; mais la révocation aussi se détruisait par une volonté contraire (2), et cette disposition du sénatusconsulte s'appliquait aux donations indirectes, à celles qui sont déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, comme aux donations directes. Les donations indirectes aussi sont donc dépouillées de tout effet immédiat, ou nulles; mais en vertu du sénatusconsulte elles sont susceptibles d'être validées par la non-révocation du donateur.

898. Toutes les choses qui sont dans le commerce, peuvent être l'objet de donations, choses corporelles et incorporelles, biens présents et futurs, pourvu que les conditions de la donation puissent se rencontrer, pourvu qu'il y ait diminution, augmentation de patrimoine et intention libérale. Les choses incorporelles peuvent, à ces conditions, être l'objet de la donation. Ainsi le propriétaire peut faire donation en faisant une concession d'usufruit. Et comme la donation peut consister aussi dans la remise d'un droit ou dans une renonciation faite et acceptée, l'usufruitier, de son côté, peut faire donation en renonçant à l'usufruit (3). Non seulement la constitution d'usufruit faite par le propriétaire, mais encore l'exercice de l'usufruit même concédé par l'usufruitier, peut être l'objet d'une donation. Le droit d'usage peut être constitué à titre de donation; mais l'usager ne saurait concéder l'exercice de son droit à un tiers; le droit d'usage est, quant à l'exercice même, inséparable

(1) L. 32, §§ 10, 16, 20, D. XXIV, 1; — L. 3, D. *eod.*
(2) L. 32, §§ 2, 3, 4, D. XXIV, 1.
(3) L. 66, L. 78, D. XXIII, 3; — L. 57, D. XXIV, 3.

de la personne de l'usager, car exercé par un autre que le concessionnaire, le droit d'usage serait nécessairement autre aussi, attendu que c'est la personne de l'usager qui donne à ce droit sa détermination juridique (1).

Ce que nous venons de dire du droit d'usage s'applique aux servitudes prédiales, en ce sens que l'exercice même n'en saurait être transféré sans le fonds dominant. Mais la renonciation à un droit d'usage ou à une servitude prédiale, lorsqu'elle est acceptée gratuitement, constitue aussi une donation.

Le droit d'habitation peut être concédé à titre de donation, mais celui qui en jouit ne peut pas céder son droit à titre de donation, bien que, du reste, il puisse le céder à titre onéreux (2).

899. Nous avons vu plus haut que le commodat d'une chose, même lorsqu'elle est immobilière, ne constitue pas une donation en règle générale; le commodat, le dépôt, le mandat, la *negotiorum gestio* ne sont considérés généralement que comme des actes de complaisance, des services d'amis, qui, bien qu'ils puissent enrichir celui qui les reçoit, n'ôtent cependant rien à celui qui les rend, et ne renferment par conséquent pas l'une des conditions requises pour la donation. Nous avons ajouté que le commodat d'une chose immobilière pouvait, lorsqu'il y avait sacrifice, constituer une donation. C'est ce qui a lieu lorsque la chose immobilière est prêtée non pas dans une circonstance plus ou moins imprévue, mais pour un temps assez long, lorsque le *commodo dans* eût pu donner cette chose en location et que le commodataire eût été dans le cas de prendre en location la même chose ou une chose semblable. La donation consisterait alors dans la somme que le commodataire eût dû débourser pour se procurer l'usage de la chose. Ces conditions se rencontrent généralement lorsqu'on prête une maison, lorsqu'on accorde à quelqu'un le droit de l'habiter gratuitement, car, d'après la L. 1, § 1, D. XIII, 6, une habitation peut se donner à titre de prêt. La L. 9, D. XXXIX, 5,

(1) L. 27, D. XXXIX, 5; — LL. 10, 11 et 12, § 5, D. VII, 8. — Voyez les nos 74 et suivants de la partie de ce cours qui traite *des Servitudes*.

(2) L. 10, D. VII, 8.

ajoute que le concessionnaire de l'*habitator* est donataire de la somme qu'il eût dû donner pour se procurer un logement. — Ainsi, d'après ces deux textes, la donation peut aussi revêtir la forme du commodat; ce qui prouve encore qu'il ne faut s'arrêter à aucun forme de contrat déterminé, mais qu'il y a donation si les trois conditions requises se rencontrent.

Si aux termes de ces deux textes, le commodat d'une maison est une donation, *a fortiori*, le commodat d'un immeuble qui produit des fruits naturels, constitue-t-il une donation; un tel commodat est à l'usufruit ce que le commodat d'une maison est au droit d'habitation. L'usufruit et le droit d'habitation se distinguent du commodat en ce qu'ils ont tous les caractères des droits réels (1).

900. Il en est du *mutuum* comme du commodat. Le *mutuum*, en règle générale, peut bien procurer à celui qui le reçoit, un avantage appréciable à prix d'argent, mais généralement il ne peut être considéré comme un sacrifice de la part de celui qui fait le prêt. Toutefois, il est évident qu'à des époques et dans des lieux différents, la question de savoir si tel prêt renferme une donation ou non, est susceptible d'une solution diverse, suivant le degré de développement que le crédit a pu acquérir. D'après le droit romain, en règle générale, le prêt gratuit n'implique pas donation; il en est de même du paiement fait avant terme par le débiteur; ce paiement n'implique pas donation des intérêts. Il en est de même encore du délai de paiement accordé au débiteur (2). C'est aussi parce que celui qui paie avant le terme n'est pas censé faire un sacrifice, que la *condictio indebiti* n'est pas accordée, alors même qu'un tel paiement a été fait par erreur; le débiteur qui paie avant terme est censé n'avoir payé rien au-delà de ce qu'il doit; donc il ne peut pas y avoir lieu à la *condictio indebiti* (3).

Toutefois, si en général la jouissance gratuite d'une somme ne constitue pas une donation d'après les textes cités, la L. 9, D. XXXIX, 5, prouve cependant que si le commodat d'une mai-

(1) L. 22 et L. 28, D. XXIII, 4.

(2) L. 31, § 6, D. XXIV, 1.

(3) L. 10, D. XII, 6; — L. 16, § 1, et L. 17, D. *eod.* — Voyez plus haut les nos 31 et 843.

son ou de tout immeuble peut impliquer donation, il peut en être de même de la jouissance d'un capital. Lorsque, dit la L. 9, cette jouissance est accordée *donationis causa,* c'est-à-dire, lorsque cette jouissance, outre l'avantage appréciable qu'elle procure à l'un, constitue une perte également appréciable pour l'autre, comme ce serait le cas si elle était accordée pour longtemps, et que celui qui l'accorde, eût pu percevoir les intérêts de son capital, et que celui qui en profite eût dû les payer, dans de telles circonstances la concession de la jouissance serait évidemment faite *donationis causâ* et constituerait une donation.

Quant à la remise d'intérêts stipulés ou dûs pour une cause quelconque, il est évident que ce serait une donation, peu importe que la remise eût pour objet les intérêts échus ou ceux à échoir (1).

901. La question de savoir si une prestation d'œuvre, lorsqu'elle est gratuite, est une donation, se résout d'après des règles semblables à celles qui régissent le commodat et le *mutuum.* Il faut distinguer s'il est d'usage que l'œuvre soit rétribuée ou non. — En cas d'affirmative, l'on rencontrera dans une telle prestation gratuite les éléments de la donation, de même qu'on y verra matière à la *condictio indebiti,* si la prestation a lieu par erreur (2). On peut en effet, pour les deux caractères de la *condictio indebiti* et de la donation, toujours conclure de l'une à l'autre. En cas de négative, c'est un service d'ami, et c'est ce qui s'applique généralement au mandat, à la *negotiorum gestio,* au dépôt.

902. Pour ce qui est du cautionnement et du droit d'hypothèque (par rapport au créancier), nous avons déjà montré que ces actes ne constituent pas de donation, car ils tendent seulement à confirmer les droits du créancier et n'augmentent nullement son patrimoine, du moins selon l'intention des parties. Dans tous les cas, ces actes n'ont aussi pour résultat que de préserver le créancier d'une perte.

(1) L. 23, D. XXXIX, 5.

(2) L. 26, § 12, D. XII, 6. — La L. 25, D. XIX, 5, n'est pas contraire à ce principe, car elle ne dit pas que celui qui a presté, ne puisse répéter ce que l'œuvre vaut pour l'autre.

903. Enfin, quant aux droits d'emphytéose et de superficie, le second de ces droits peut, sans nul doute, aussi bien être concédé que transmis *donationis causa,* et l'on peut y renoncer de même (1), et l'emphythéose peut être transmise, et l'on peut y renoncer *donationis causâ,* mais elle ne peut pas être constituée *donationis causâ,* le paiement du canon étant essentiel. En cas de transmission gratuite, l'emphytéose doit être estimée, et d'après l'estimation le *dominus* perçoit le *laudemium.*

904. La donation peut avoir pour objet ou des biens présents ou des biens futurs, ou tout le patrimoine.

Nul doute que la donation ne puisse avoir pour objet les biens présents, mais la question de savoir si elle peut avoir pour objet des biens futurs est controversée.

Savigny et d'autres jurisconsultes veulent restreindre la donation de tous les biens aux biens présents. On ne cite aucun texte en faveur de cette opinion, on se borne à dire que le droit romain n'a pu permettre telle donation, parce que de fait elle aurait anéanti dans la personne du donateur, la liberté de tester.

Mais Meyerfeld, Puchta et autres, font remarquer avec raison que ce motif n'est pas exact ni suffisant, puisque de l'aveu de Savigny, le donataire de tous biens présents et futurs n'est pas considéré en droit romain, comme successeur universel; et s'il en est ainsi, la faculté de tester demeure entière. Vainement dira-t-on que celui qui donne tout, ne peut plus rien transmettre à ses héritiers, car alors même qu'on donne tous ses biens présents et futurs, on peut faire des réserves. D'ailleurs, le donateur peut posséder des biens qu'il lui est défendu d'aliéner, des biens grevés de substitution; et enfin l'idée de succession est indépendante des biens qui peuvent se trouver dans la succession même. Nous admettons donc la validité de la donation de tous biens présents et futurs, qu'il serait d'ailleurs difficile de contester en présence des textes explicites que contient le Code (2).

Il nous reste à expliquer les effets de cette donation, les droits

(1) L. 1, § 5, D. XLIII, 18.
(2) L. 25, § 4 et 5, C. VIII, 54; — L. 8, C. VIII, 56.

du donataire, ceux du donateur, et ceux des créanciers de ce dernier.

905. Le donataire de tous biens ne succédant pas universellement, a le droit de demander la tradition des choses corporelles, la cession des créances, et par cela même qu'il a le droit de demander la cession, il peut aussi intenter *utiliter* les actions du créancier qui devraient lui être cédées.

Le donateur quel qu'il soit, *singularum rerum* ou *omnium bonorum*, a le droit de retenir ce qu'il lui faut pour subsister et en outre payer ses créanciers (1). De plus, dans la donation de tous biens, on applique le principe qu'il n'y a de biens que *deducto aere alieno*. Ce principe se trouve énoncé à la L. 72, D. XXIII, 3, au sujet d'une constitution de dot faite par la femme et embrassant tout son patrimoine, bien que la constitution de dot ne soit pas une donation proprement dite. Cependant, qu'il y ait constitution de dot ou donation, toujours est-il que celui qui reçoit n'est pas successeur universel; par conséquent, à l'égard des créanciers de celui qui donne, les rapports juridiques doivent être les mêmes : c'est-à-dire, que les créanciers du donateur n'ont aucune action contre le donataire, si ce n'est l'action hypothécaire, l'action paulienne, et l'action que le donateur lui-même peut exercer contre le donataire, comme nous le verrons aux n^os^ suivants. Mais remarquons préalablement que, soit qu'il s'agisse de donation *omnium bonorum*, soit d'une donation *singularum rerum*, aucune difficulté ne se présente aussi longtemps que la donation n'est pas exécutée; en ce cas le donataire pourra, au moyen de l'exception du *beneficium competentiae*, retenir non seulement ce qu'il lui faut pour sa subsistance, mais aussi pour payer ses créanciers.

906. Quand il s'agit d'une donation de tous les biens déjà exécutée, le principe de la L. 72, D. XXIII, 3, est applicable : *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*, et comme ce principe résulte de la notion même du patrimoine, c'est-à-dire, des biens considérés dans leur ensemble, par rapport à une personne

(1) L. 12, D. XXXIX, 5.

déterminée, il est impossible qu'une donation de tous biens ne soit pas faite sous la condition implicite que le donataire paiera la dette du donataire existante au moment de la donation, jusqu'à concurrence des biens donnés. Il en est donc de la donation *omnium bonorum* comme de la donation *singularum rerum* à laquelle les parties ont expressément ajouté la clause que le donataire paierait les dettes qu'a le donateur au moment de la donation. C'est pourquoi Savigny (IV, p. 59) prétend avec raison que la L. 22, C.VIII, 54, statuant sur une donation *singulae rei* à laquelle est ajoutée la charge de payer les dettes, est applicable à la donation de tous biens, d'où nous conclurons que le donateur de tous biens a une action *civilis in factum*, comme l'appelle la L. 22, contre le donataire pour le forcer à payer les dettes qui existent au moment de la donation. Cette action, le donateur pourra la céder à ses créanciers, et sur leurs poursuites il pourra être forcé de la céder. Ainsi, en vertu de ce pacte implicite qui établit un droit pour le donateur, les créanciers de celui-ci pourront *ex jure cesso* faire valoir leurs droits contre le donataire de tous biens, quoiqu'ils ne puissent pas agir contre lui de leur chef comme s'il était un successeur universel du donateur, car en droit romain la donation même universelle n'établit pas de succession universelle.

907. S'agit-il d'une donation *singularum rerum*, mais d'une donation qui a épuisé le patrimoine du donateur, deux hypothèses pourront se présenter :

Ou bien, par erreur, lors de la livraison des choses ou de la cession des créances, le donateur n'a pas retenu de quoi payer les créanciers qu'il avait alors, et dans ce cas, ayant donné plus qu'il ne devait, il a la *condictio indebiti*, action dont il devra faire cession à ses créanciers, qui pourront par conséquent indirectement intenter la *condictio indebiti* contre le donataire;

Ou bien le donateur, en faisant la cession des choses ou des créances, a su qu'il avait des créanciers et n'a pas opéré la retenue : dans ce cas il est coupable, car celui qui fait des libéralités au détriment de ses créanciers, est en fraude par cela seul qu'il sait qu'il a des créanciers; par conséquent, il y a lieu à l'action paulienne, que les créanciers intenteront directement contre le

donataire, sans qu'il soit nécessaire d'établir que celui-ci a participé à la fraude; car lorsque l'action paulienne est dirigée contre le possesseur *titulo lucrativo*, il n'est pas nécessaire de prouver la fraude dans son chef; il suffit qu'il y ait eu fraude de la part du donateur.

Enfin l'action hypothécaire s'intente en général contre le donataire comme contre tout tiers-détenteur.

908. Donc, en résumé, pour établir les rapports qui existent entre un donataire et les créanciers du donateur, le droit romain nous donne les règles que voici :

1° Aucun donataire n'est tenu ni directement ni indirectement des dettes du donateur autres que celles qui ont existé au moment de la remise des biens; et il n'en est tenu qu'à concurrence des biens, à moins qu'il n'ait promis plus par une stipulation expresse. C'est là une conséquence de ce que même le donataire de tous les biens universels ne doit pas être considéré comme successeur universel.

2° Si le donataire de tous biens n'est pas tenu directement, comme successeur universel, des dettes du donateur envers les créanciers de celui-ci, il en est cependant tenu en vertu d'un pacte par lequel le donateur n'est censé avoir transféré ses biens qu'à la condition que le donataire paierait les dettes qui existaient au moment du transport; ajoutons : au moment de chaque transport, pour le cas où la donation renferme tous les biens présents et futurs. Ce pacte présumé est fondé sur la règle *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*.

3° Le donataire *rerum singularum* est soumis à l'action paulienne, si le donateur, au moment où il a transféré la chose donnée, savait qu'il avait plus de dettes que de biens. S'il l'a ignoré, si par erreur il n'a pas retenu ce qu'il lui fallait pour payer ses créanciers, on doit admettre qu'il a la *condictio indebiti*, et par conséquent il peut et doit céder cette action à ses créanciers.

909. Lorsqu'on compare la doctrine du droit romain sur ce point avec celle du droit moderne, on arrive à ces résultats :

1° Pour la donation *singularum rerum*, ce que nous avons dit de l'action paulienne est d'une application immédiate, mais

non ce que nous avons dit de la *condictio indebiti,* fondée sur l'omission involontaire du bénéfice de compétence. Toutefois, les créanciers du donateur trouvent une nouvelle garantie dans les formalités de la transcription requise pour les biens susceptibles d'hypothèque, et à défaut de laquelle la donation est nulle à l'égard des tiers (1).

2° Pour la donation de tous biens il faut distinguer :

a. S'il s'agit de la donation de tous les biens présents et futurs, qui ne peut avoir lieu que par contrat de mariage, le donataire est considéré comme successeur universel; c'est sur ce principe que reposent les dispositions des art. 1084 et 1085 qui, au cas où un état des dettes existant au jour de la donation, n'a pas été annexé au contrat de mariage, obligent le donataire à payer toutes les dettes indistinctement, si lors du décès du donateur il accepte la donation, tandis qu'au cas où l'état des dettes a été annexé, le donataire pourra s'en tenir aux biens présents et renoncer au surplus des biens du donateur.

b. Quant à la donation de tous biens présents, quoique la question soit plus ou moins controversée, on peut avec Zachariæ et avec la généralité des auteurs et la jurisprudence des arrêts admettre le principe tel que nous l'avons exposé : *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno;* par conséquent une telle donation est toujours censée faite sous la condition que le donataire paiera jusqu'à concurrence des biens, les dettes qui existent au moment de la donation; d'où la conclusion que les créanciers du donateur pourront *ex juro cesso* poursuivre contre le donataire les créances qui existaient au moment de la donation (2).

(1) Art. 941 du Code civil.

(2) Comparez : Zachariæ, § 706, note 2; — Duranton, VIII, 472 et 473; — Grenier, *Don.*, I, 86 et suivants, etc.

DE LA FORME DES DONATIONS.

Sommaire.

---

910. Avant de nous occuper de la forme de la donation, de la loi *Cincia*, et de l'insinuation requise plus tard pour les donations dépassant 500 *solidi*, nous avons à considérer dans leur ensemble les caractères de la donation, que nous appellerons extrinsèques, parce qu'ils se révèlent dans les restrictions que le législateur a apportées à l'acte de donation, tel que nous le connaissons déjà d'après ses caractères intrinsèques.

Ces restrictions consistent en ce que :

1° Les donations dépassant une certaine somme, ne sont valables que si elles sont revêtues d'une forme déterminée;

2° La donation est révocable pour des causes déterminées : l'ingratitude et la survenance d'enfants, causes qui n'exercent aucune influence sur d'autres actes; elle est réductible, si elle excède la quotité de biens réservés par la loi à certains héritiers;

3° Faite entre conjoints, pendant le mariage, elle ne peut être

validée qu'en tant qu'elle n'a pas été révoquée par le donateur;

4° Aucun administrateur général, même celui à qui il serait permis de disposer de certains biens, n'est censé avoir pouvoir de disposer à titre de donation, à moins qu'il ne s'agisse de petits dons purement rénumératoires, car donner, c'est perdre, non administrer (1).

Nous n'avons pas à nous occuper davantage de la dernière restriction; nous avons déjà vu les motifs de celle indiquée sous le n° 3; mais nous avons à rendre compte des motifs des deux premières.

911. Pourquoi le droit romain et le droit moderne ont-ils soumis les donations à une forme spéciale?

En soumettant les donations considérables à une forme spéciale, le droit romain n'a eu en vue que l'intérêt du donateur lui-même. Astreindre la volonté à des formes qui laissent un intervalle plus ou moins considérable et nécessaire entre l'acte de vouloir et sa manifestation juridique, et qui sont exigées sous peine de nullité, c'est mettre en quelque sorte le donateur en garde contre lui-même, c'est lui ménager un temps utile pour la réflexion, et c'est en même temps protéger les intérêts de ses héritiers. Tel est le motif pour lequel ce droit requiert l'insinuation pour la validité des donations considérables.

L'insinuation, bien qu'elle soit un acte public, n'est requise que dans l'intérêt du donateur et de ses héritiers, et non pas principalement dans l'intérêt des tiers. Il est bien vrai que la validité de la donation à l'égard des tiers, dépend de l'insinuation; mais elle en dépend aussi à l'égard du donateur lui-même. Du reste, si en exigeant l'insinuation le législateur avait été mu principalement par la considération des tiers, il eût été inconséquent, car il eût dû l'exiger alors pour toute espèce de donation. Enfin la publicité du transport dans l'intérêt des tiers, n'est pas dans l'esprit du droit romain, qui se contente d'accorder l'action paulienne aux créanciers du débiteur.

Le droit romain, sous le rapport de la forme des donations, a

(1) L. 7, D. XXXIX, 5.

des dispositions bien plus complètes et d'une plus grande portée. Ces dispositions ont un triple but :

1° De protéger le donateur contre sa propre inconstance, contre son défaut de réflexion;

2° De protéger d'une manière beaucoup plus directe et plus efficace le droit des héritiers du donateur, en exigeant que le donateur se dépouille à l'instant même et d'une manière irrévocable, suivant la maxime : donner et retenir ne vaut. Ces intérêts des héritiers du donateur sont pourtant primés par l'intérêt du mariage; c'est pourquoi la disposition de la règle : donner et retirer ne vaut, ne s'applique pas aux donations faites par contrat de mariage (art. 947).

3° De protéger les intérêts des tiers en faisant dépendre à leur égard la validité de la donation de la transcription de l'acte, aussi souvent que la donation a pour objet des choses susceptibles d'hypothèque (art. 941), transcription qui doit avoir lieu au bureau des hypothèques de l'arrondissement où sont situés les immeubles. Rien de pareil n'était exigé en droit romain.

Pour protéger plus efficacement que le droit romain les héritiers du donataire, le législateur français ne s'est pas borné à exiger les formalités extérieures de l'acte authentique, de faire dépendre la validité de la donation de l'acceptation, ce qui est commun à tous les contrats; il a exigé la notification de cette acceptation, même au cas où l'acceptation n'a pas lieu à l'instant même de la donation, notification qu'on peut considérer comme un luxe de forme, car, en règle générale, lorsqu'une offre est faite, il suffit que l'acceptation soit exprimée de telle manière qu'il ne soit plus au pouvoir de son auteur de la révoquer, pour que le contrat soit parfait et obligatoire de part et d'autre (1). Outre ces formalités extérieures, le législateur a voulu, dans l'intérêt des héritiers, que la donation fût faite de telle sorte que le donateur se dépouillât à l'instant même, sans pouvoir rien révoquer, rien diminuer de sa libéralité. Donner, c'est toujours préférer le donataire à ses héritiers; or, en exigeant que le donateur se dépouille à l'instant même, la loi intervient dans l'intérêt des héri-

(1) Comparez ce que nous avons dit plus haut, n° 49.

tiers, comme si elle disait au donateur : « Si tu fais une donation, si tu préfères le donataire à tes héritiers, ce ne sera qu'à la condition que tu le préfères à toi-même, » en ce sens que la donation ne peut plus dépendre d'une condition potestative de la part du donateur (art. 944). C'est pourquoi elle ne peut comprendre les biens futurs (art. 943), car le donateur peut les acquérir ou non; en fait il dépendrait aussi de lui de les transmettre au donataire. Toute donation est pareillement nulle, si elle a été faite sous charge de payer d'autres dettes que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées dans l'acte de donation même ou dans l'état que devrait y être annexé (art. 945). C'est pourquoi, si le donateur s'est réservé de disposer de certains biens, ces biens, au cas où il n'en a pas disposé, passent aux héritiers du donateur, et demeurent distraits de la donation (art. 946).

Aucune de ces dispositions ne s'applique aux donations faites par contrat de mariage (art. 947); celles-ci, au contraire, sont régies par des dispositions différentes (Art. 1082 et 1092 du Code civil).

912. Anciennement les donations, sans rencontrer d'autres entraves quant à la forme, étaient soumises aux règles générales du droit civil; donc lorsqu'elles consistaient dans le transport de la propriété, elles devaient se faire *per mancipationem, per in jure cessionem,* ou *per traditionem,* suivant qu'il s'agissait de choses *mancipi* ou *nec mancipi.* Lorsqu'elles avaient pour objet un droit réel, il fallait recourir aux formes de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio.* Cependant la concession suivie de l'exercice de la servitude, *usus et patientia,* jouissait de la protection du préteur, qui accordait les interdits et l'action publicienne au concessionnaire; et, d'un autre côté, sur les fonds provinciaux les servitudes pouvaient s'acquérir *pactis* et *stipulationibus* (1). Si la donation consistait dans une promesse, elle devait être revêtue de la forme de la stipulation. Si elle consistait dans une créance dont le donateur voulait se dépouiller au profit du donataire, il devait, pour rendre la

(1) Voyez L. 20, D. VIII, 1: — L. 11, § 1, D. VI, 2; — GAIUS, II, § 31, et les nos 88 et suivants de la partie de ce cours qui traite des Servitudes.

donation parfaite et irrévocable, recourir à la novation, il devait éteindre la créance dans son chef pour qu'une nouvelle créance fût constituée dans le chef du donataire. C'est pourquoi, au sujet d'une donation de tous biens, nous trouvons dans les *Vaticana fragmenta : per mancipationem praediorum dominium transtulit;* et pour le transport des créances : *interpositis delegationibus et actiones novari.*

Depuis l'introduction de la procédure formulaire qui admet la représentation des parties en justice, il y avait un autre moyen de transférer à quelqu'un le bénéfice d'une créance, c'était de le constituer *procurator in rem suam,* mais comme la donation dépendait d'un mandat qui était essentiellement révocable et éteint à la mort du mandant ou du mandataire, il n'y avait rien de parfait dans une telle donation, jusqu'à ce que la litiscontestation qui implique novation eût rendu le *procurator dominus litis* et définitivement constitué le débiteur, débiteur du donataire. Justinien, assimilant la cession faite *donationis causâ* à celle qui était faite à titre onéreux, voulut que les héritiers du donataire décédé avant la litiscontestation fussent admis aussi à intenter les actions, et qu'en général, dès l'instant où la cession d'action aurait dû être faite, elle fût considérée comme consommée (1).

Donc, jusqu'à la loi *Cincia,* la donation ne fut soumise à aucune formalité spéciale. Cette loi est un plébiscite de 548, dont les *Vaticana fragmenta* nous ont fait connaître plusieurs dispositions. A cette époque les liens de famille avaient commencé à se relâcher, et le but de la loi était d'empêcher les donations excessives autant dans l'intérêt des héritiers, que du donateur; elle devait être le complément de la *querela inofficiosi testamenti.* La donation qui excédait une certaine somme, dont le chiffre nous est inconnu (2), fut prohibée; mais dans sa prohibition la loi était imparfaite, elle ne frappait pas de nullité la donation dépassant la somme voulue; seulement elle accordait une exception, l'*exceptio legis Cinciae,* au donateur, tant que la donation n'avait pas été exécutée. Entre

(1) L. 33, C. VIII, 54.
(2) Quelques-uns le présument avoir été : 20,000 sesterces.

la stipulation et l'exécution, elle laisse donc un retour au donateur.

Le Préteur, dans son édit, et les jurisconsultes l'étendirent, ils ajoutèrent aux formes de l'ancien droit, en reculant autant que possible le moment où la donation devait être parfaite. Ainsi, quand il s'agissait d'une *res mancipi*, tandis que le préteur maintenait dans les transports à titre onéreux, le possesseur à qui la chose avait été livrée, par une *exceptio rei venditae et traditae*, il accordait la *replica legis Cinciae* contre l'exception que le possesseur tenait de la tradition; de sorte que le donateur pouvait revendiquer la *res mancipi*, même après en avoir fait la tradition (1). Dans tous les cas, il fallait la possession *ad interdicta* pour que la donation qui dépassait la somme fixée, fût parfaite; d'où il suit que lorsque la donation comprenait des choses mobilières, celles-ci pouvaient même être revendiquées, tant que le donataire ne les avait pas possédées plus de six mois, dans l'an qui suivait la tradition (*interdictum utrubi*) (2).

Dans le cas où la donation consistait dans une promesse, dans une stipulation, et où le donateur pouvait opposer l'exception *legis Cinciae*, les jurisconsultes sont allés jusqu'à accorder la condiction *indebiti*, alors que la donation avait été exécutée (3). Ceci équivalait à une nullité, avec cette différence cependant que cette nullité ne pouvait nuire aux tiers, car la condiction *indebiti* est une action qui ne se donne pas contre les tiers. D'un autre côté aussi, l'usucapion et la non-révocation de la part du donateur confirmaient la donation; les héritiers du donateur ne pouvaient donc pas se prévaloir de la loi *Cincia* pour révoquer une donation (4).

La loi *Cincia* cependant, avec la jurisprudence qui en fut le complément, avait excepté plusieurs donations faites en faveur de certaines personnes :

1° Celles faites par des *cognati* à des *cognati*, jusqu'à un certain degré. — Cette exception nous donne une preuve du rapport entre cette loi et la *Querela inofficiosi*.

(1) *Vaticana fragmenta*, § 310.
(2) GAIUS, IV, § 148-152.
(3) *Vat. Frag.*, § 266.
(4) *Vat. Frag.*, § 259 à 293.

2° La donation entre proches alliés.

3° Les donations faites à titre de dot, en faveur du mariage.

4° Quant aux donations entre parents et enfants, non seulement elles furent exemptées de la disposition de la loi *Cincia;* mais elles furent favorisées, en ce sens que même depuis Antonin-le-Pieux elles furent valables en vertu du seul consentement sans stipulation, mancipation, ni tradition (1).

A partir de Constance-Chlorus, une nouvelle formalité qui paraît s'être introduite par des usages locaux, fut requise par la loi; c'était l'*insinuation,* c'est-à-dire la transcription officielle de la donation dans la justice municipale. Bientôt après, Constantin-le-Grand émit sur la forme de la donation un édit dans lequel il prescrivit trois conditions : un acte écrit, la tradition et l'insinuation; cependant, lorsque le donateur s'était réservé l'usufruit, la tradition était réputée faite, par cela même, *per constitutum possessorium.* Toutefois, on se tromperait si l'on croyait que ces trois conditions fussent requises sous peine de nullité; l'édit de Constantin qui nous a été conservé dans les *Vaticana fragmenta,* § 249, dans le Code Théodosien (Liv. VIII, tit. 12), dans le Code de Justinien, à la L. 25, C. VIII, 54, n'est qu'une espèce d'avis donné aux parties pour se procurer des preuves de la donation, qui fussent de nature à prévenir des contestations alors très-fréquentes. Savigny a prouvé, contre l'opinion commune, que ces conditions n'étaient pas requises sous peine de nullité. Par conséquent, la loi *Cincia* avec la jurisprudence qui s'y rattachait, continua à gouverner la matière. Mais Justinien arrêta la forme de la donation par les dispositions suivantes :

1° Pour les donations au-dessous de 500 livres d'or, il n'exigea plus aucune formalité spéciale, ni stipulation, ni tradition, ni insinuation, la seule promesse donnée et acceptée liait le donateur et donnait ouverture à une action, la *condictio ex Lege* 35, C. VIII, 54, soit qu'il s'agît d'une donation *singulae rei* ou d'une donation *omnium bonorum.*

2° La donation qui dépassait 500 *solidi* était, pour toute forme,

(1) *Vat. Frag.*, § 298.

assujettie à l'insinuation; mais aucune condition n'était requise pour déterminer la compétence du juge auprès duquel l'acte devait être insinué; ce qui est encore une preuve que le droit romain ne requiert pas l'insinuation dans l'intérêt des tiers. Mais la formalité est requise cette fois sous peine de nullité, c'est-à-dire que toute donation est nulle à défaut d'insinuation, pour autant qu'elle dépasse 500 *solidi;* le donateur et ses héritiers peuvent agir contre le donataire par la condiction *sine causa,* ils peuvent aussi revendiquer contre les tiers l'excédant (1).

913. De cette formalité sont exceptées cependant :

1° Les donations faites à l'empereur ou par lui (2).

2° Celles qui sont faites pour le rachat des captifs (3).

3° Celles que fait le *magister militum* aux soldats (4).

4° Celles qui doivent servir à la reconstruction des bâtiments tombés en ruine (5).

5° Celles qui ont pour objet la remise d'intérêts à échoir (6).

6° D'après quelques auteurs, les donations faites au profit d'une institution pieuse (7).

914. Pour évaluer le montant d'une donation, eu égard à l'insinuation, on ne compte pas les fruits qui n'ont pas fait partie de la donation et ont été perçus seulement plus tard (8).

Plusieurs donations faites à des époques diverses, fût-ce à la même personne, lorsque chacune est moindre de 500 *solidi,* n'y sont pas soumises (9).

915. La donation d'une pension ou d'un revenu annuel n'y est soumise que lorsque les années sont déterminées et que la somme de ces années dépasse 500 *solidi;* mais elle y est soumise dans tous les cas lorsqu'elle s'étend aux héritiers (10).

(1) Voyez les L. 7, § 27; L. 34, § 2; L. 36, C. VIII, 54; — L. 5, § 18 et L. 6, D. XXIV, 1.

(2) L. 34, C. VIII, 54. — *Nov.* 52, c. 2.

(3, 4 et 5) L. 36, C. VIII, 54.

(6) L. 23, D. XXXIX, 5.

(7) Comparez Marezoll, p. 40. — L. 19, C. I, 2, et L. 3 pr. et § 1, C. VIII, 54.

(8) L. 9, § 1 et L. 11, D. XXXIX, 5.

(9) L. 34, § 3, C. VIII, 54.

(10) L. 34, § 4, C. VIII, 54.

DE L'EFFET DES DONATIONS ET DE LEUR RÉVOCATION.

Sommaire.

---

916. La promesse de donner qui est acceptée, si la donation ne dépasse pas 500 *solidi*, fait naître la *condictio ex Lege* 35, C. VIII, 54.

Cette action, lorsqu'il s'agit d'une *species*, n'a pour objet que la chose même qui a été promise, à l'état où elle se trouve. Le donateur ne doit ni les fruits, si ce n'est à partir de la litiscontestation, ni les intérêts moratoires; il n'est pas tenu de la faute, à moins qu'il ne se soit réservé l'usufruit, auquel cas il est, comme tout usufruitier, responsable de la faute légère (1). Le donataire ne peut pas être poursuivi strictement; il a le *beneficium competentiae*. Enfin, il ne doit pas non plus prester l'éviction ni la garantie des vices

(1) L. 62, D. XXI, 1; — L. 18, D. XXXIX, 5.

cachés, à moins qu'il ne s'y soit formellement engagé, ou qu'il n'ait été de mauvaise foi. Or, pour connaître si le donateur a été de mauvaise foi, il faut distinguer d'abord la donation d'un *species*, ensuite la donation d'un genre limité dont il possède les espèces, et enfin la donation d'un genre dont il ne possède pas les espèces.

917. 1° Dans la donation d'une *species*, le donateur n'est tenu de l'éviction, des vices cachés et des dommages qui ont pu en résulter, que s'il a su que la chose ne lui appartenait pas ou qu'elle était affectée de vices cachés (1). Le motif en est que celui qui est tenu de livrer une *species*, ne s'acquitte de son obligation qu'en livrant l'espèce même, et comme le donateur ne reçoit aucun prix ni aucune valeur en échange, ce serait aller au-delà de l'intention des parties que de le faire garant, quand il a ignoré le droit d'autrui, le vice caché, car peut-être s'il l'avait connu, n'aurait-il pas donné.

918. 2° S'il s'agit de la donation d'un *genus* limité, dont le donateur possède les espèces, il est tenu de l'éviction et des vices cachés, tant qu'il possède chez lui une espèce du genre qui lui permette de remplir son obligation convenablement, c'est-à-dire selon ce qu'exige la promesse de donation, qui naturellement tend à transférer la propriété et ne permet pas de rien retrancher de l'obligation contractée envers le donataire (2). Si ayant promis une ou deux têtes d'un troupeau de bœufs, il en donnait une affectée d'un vice ou soumise à l'action noxale, ou appartenant à autrui, il serait de mauvaise foi, s'il ne consentait à en donner une autre.

3° Enfin, lorsque le donateur a promis une chose appartenant à un *genus* qu'il ne possède pas, il a su qu'il ne pouvait accomplir sa promesse qu'en se procurant cette chose; il s'est donc implicitement engagé à en acquérir la propriété pour la transférer, promesse qui ne saurait être admise quand il s'agit d'une *species*. Il y aurait dans le cas que nous examinons, mauvaise foi de la

(1) Comp. L. 62, D. XXI, 1; — L. 18, § 3, D. XXXIX, 5; — L. 2, C. VIII, 45.
(2) L. 45, § 1 et § 2; L. 46, D. XXX; — L. 29, § 3, D. XXXII.

part du donateur, s'il donnait la chose d'autrui, car il manquerait à sa promesse (1). Les textes qui portent qu'en matière de legs le grevé est tenu de la garantie envers le légataire, doivent s'appliquer ici par analogie.

Thibaut a combattu cette doctrine, il ne veut pas que le donateur d'un *genus* soit tenu dans tous les cas de la garantie de l'éviction ou des vices cachés. Le donateur, dit-il, peut être de bonne foi en donnant la chose d'autrui; le donataire doit être reconnaissant, et la reconnaissance s'oppose à ce que le donateur soit tenu en général, alors qu'il a été de bonne foi. Il cite la L. 18, § *ult.*, D. XXXIX, 6; la L. 48, D. VI, 1, et enfin la L. 131, D. L, 17, desquelles il conclut que le donateur n'est pas tenu de la faute ni de la *mora*, et que par conséquent il ne l'est pas non plus d'une simple ignorance. Enfin, il conteste que les principes du legs soient applicables aux donations.

Mais nous répondons :

1° Que le donateur d'un *genus* qui ne transfère pas la propriété, sans vices, ne remplit pas son obligation, que par conséquent il ne saurait être de bonne foi, *quod ab initio est voluntatis postea necessitatis* : il faut que la foi donnée soit respectée.

2° Que les textes cités se rapportent à la donation d'une *species*, comme l'indique le mot *donare*, car *promittere*, ou *donationis causa promittere* ou *stipulari, spondere*, sont toujours employés pour la donation d'un genre.

3° Qu'enfin la L. 46, D. XXX, déclare formellement que les principes y exposés sur les garanties dues aux légataires, sont applicables en matière de donation.

919. Nous venons de voir que si le donateur donne la chose d'autrui, il ne doit pas la garantie, à moins qu'il ne l'ait donnée sciemment ou qu'il n'ait donné un genre. Eu égard à ce qui est de règle générale et eu égard au transport de la propriété, la L. 14, C. VIII, 54, dit avec raison : *rei alienae nulla est donatio* (*speciei*). Cependant, outre la garantie qui a lieu exception-

(1) Arg. L. 46, D. XXX. — Gluck, *Pand.* XX, § 1119. — Dissert. Thibaut, *Civil. Abhandl.* IV, p. 48 seqq.

nellement, la donation de la chose d'autrui peut avoir encore d'autres effets :

1° Lorsque le donataire est de bonne foi, il peut usucaper *pro donato;* il peut de plus, lorsque le donateur a été également de bonne foi, joindre les deux possessions.

2° Lorsque le propriétaire de la chose donnée devient héritier du donateur, il doit prester le fait de celui-ci; donc il ne pourra pas répéter la chose, et le donataire sera devenu propriétaire (1).

3° A plus forte raison, la donation de la chose d'autrui sera-t-elle consolidée lorsque le donateur lui-même, soit par succession, soit à tout autre titre, deviendra propriétaire de la chose donnée.

Le donataire, dans ces deux cas, aurait non seulement une exception pour défendre sa possession, il aurait aussi l'action publicienne contre le propriétaire qui lui aurait fait donation alors qu'il n'avait pas encore la propriété, ou contre l'héritier qui représenterait le donateur.

920. Quel est l'effet de la promesse de donner, lorsqu'une seule et même chose a été promise successivement à deux personnes différentes, et que la promesse a été acceptée?

Dans ce cas, l'une des personnes a droit à la chose, l'autre à l'estimation, et celle à laquelle la chose a été livrée d'abord, l'emporte quant à la question de propriété : *si ex causa donationis,* dit la L. 15, C. III, 32, *utrique dominium rei vindicetis, eum cui priori possessio soli tradita est, haberi potiorem convenit* (2).

921. Si la chose promise à plusieurs conjointement, n'est acceptée que par quelques-uns, il n'y a pas lieu à accroissement dans la donation entre-vifs, parce que tant qu'elle n'est pas acceptée, il reste une volonté qui peut révoquer. Au contraire, dans les legs et les donations pour cause de mort, lorsqu'une des personnes avantagées fait défaut, il ne reste plus de volonté qui puisse révoquer; bien plus, en vertu d'une volonté qui est devenue irrévocable, il conste que l'auteur de la disposition a préféré les légataires ou donataires à cause de mort à ses héritiers.

(1) Arg. de la L. 24, C. VIII, 54.
(2) Comp. L. 35, § 1, D. XXXIX, 5; — Paul. *Sent.*, Lib. 5, Tit. XI, 4.

922. Un des caractères extrinsèques de la donation est d'être révocable pour des causes particulières et déterminées, soit que le donateur ait excédé dans sa libéralité la légitime, soit qu'il lui soit survenu des enfants, soit enfin que le donataire se soit montré ingrat à son égard.

La première cause de révocation appartient au droit de succession des Romains. Nous n'en parlerons pas ici.

La seconde est fort contestée : plusieurs auteurs modernes la restreignent au cas où la donation a été faite par le patron à l'affranchi. Les donations faites par le patron à l'affranchi, étaient anciennement toujours révocables, elles constituaient plutôt un précaire qu'une donation (1). Plus tard, la révocabilité fut soumise à deux conditions, soit la survenance d'enfants, soit l'ingratitude (2). La révocabilité pour cause d'ingratitude, fut étendue ensuite aux donations entre parents et enfants (3), et enfin elle fut rendue généralement applicable, par Justinien, à toute espèce de donation (4), tandis que rien ne prouve une semblable extension de la révocabilité pour survenance d'enfants. C'est pourquoi cette dernière révocabilité, quoiqu'elle ait été admise généralement dans la pratique et qu'elle le soit encore, a été contestée par les jurisconsultes modernes (5).

923. Le caractère de l'action en révocation pour cause d'ingratitude est purement personnel. On doit se garder de confondre la donation révocable avec celle qui est nulle dans le principe, soit pour absence de l'insinuation requise, soit pour avoir été faite contre la prohibition de la loi, comme celle qui a lieu pendant le mariage. Cette dernière donation, bien que susceptible de se valider par la non-révocation, est cependant au fond nulle, comme si elle n'avait pas eu lieu, si bien que le donateur a l'action en revendication, et au cas où les choses ont été consommées

(1) *Vatic. Frag.*, § 272-275.
(2) L, 1, C. VIII, 56.
(3) L. 31, D. XXXIX, 5.
(4) L, 10, C. VIII, 56.
(5) Voyez : F. S. Zolleri, *Exerc. an donatio inter vivos legitime facta, ob supervenientiam liberorum revocari possit?* 1767. Lipsiæ.

avec utilité par le donataire ou par ses héritiers, la condiction *sine causa* ou *ex injusta causa* contre le donataire ou ses héritiers, à concurrence de ce dont ils demeurent enrichis au moment de la litiscontestation (1). Il en est de même de la nullité résultant de l'inobservation des formes (2).

En droit moderne, la valeur des choses données doit être restituée tant au cas de révocation pour ingratitude (art. 958), qu'au cas où le conjoint révoque la donation faite pendant le mariage. Peu importe que le donataire soit enrichi ou non; il est présumé l'être.

L'action en révocation pour cause d'ingratitude n'a qu'un caractère personnel; la donation a été et reste valable quant aux tiers; seulement, le donateur acquiert une action contre le donataire, également à concurrence de ce dont il demeure enrichi par la donation, soit qu'il possède encore les choses données, soit qu'il en ait disposé ou les ait consommées avec avantage; or la consommation est toujours censée se faire avec avantage, lorsqu'elle a pour objet des choses nécessaires que le donataire eût dû se procurer à prix d'argent. On applique ici par analogie les principes qui gouvernent la condiction *sine causa* ou *ex injusta causa*, en cas de donation entre mari et femme (3).

Du principe que le donataire doit restituer ce dont il demeure enrichi, il suit qu'il doit aussi restituer les fruits pour autant qu'il en demeure enrichi. Cependant, on a prétendu que les fruits perçus depuis la donation jusqu'à la litiscontestation ne devaient pas être restitués, puisqu'ils n'ont pas été donnés; mais l'opinion de Savigny est ici plus conforme aux principes généraux. Toutefois l'opinion contraire a été consacrée par la pratique et par l'art. 958 du Code civil. Du reste, d'après le même article, la valeur des objets donnés doit être restituée par le donataire, enrichi ou non, et la valeur est prise au temps de la demande.

L'action en révocation pour cause d'ingratitude, n'est pas une *condictio ob causam datorum*, comme l'a soutenu Donellus; elle

(1) L. 5, § 10, L. 5, § 18, D. XXIV, 1; — L. 17, C. V, 16. — Puchta, § 425.
(2) Marezoll, *Zeitschrift*, I, p. 43 sqq.
(3) Comp. L. 5, § 18; L. 32, § 9, D. XXIV, 1; — L. 28, et L. 7, § 3, D. *eod.*

ne peut pas être considérée comme dérivant d'une condition implicite de la donation, comme si celle-ci avait été faite sous condition que le donataire ne serait pas ingrat, car s'il en était ainsi elle devrait pouvoir s'intenter par les héritiers et contre eux; or c'est ce qui ne se peut. Elle est une action *vindictam spirans,* elle tend à procurer au donateur outragé une satisfaction, en lui accordant le droit de faire disparaître le bénéfice de la donation si le donataire est ingrat; mais la loi détermine elle-même les causes de révocation pour ingratitude. De plus, l'action est subordonnée, outre le délit, à cette condition que le donateur ait personnellement révoqué la donation durant la vie du donataire. Ce sont là toutes dispositions de la L. 10, C. VIII, 56, qui a généralisé la révocation pour cause d'ingratitude; l'action dont il s'agit ici, est donc une *condictio ex Lege* 10, C. VIII, 56.

De ce que le donateur peut seul révoquer la donation, il ne résulte cependant pas d'une manière absolue que l'action ne puisse être intentée que par le donateur. Suivant la L. 10, il suffit que le donataire ait à cet égard manifesté son intention, pour que l'action puisse s'intenter même par ses héritiers; la loi veut seulement que les héritiers respectent le silence du donateur: *Etenim si ipse, qui hoc passus est, tacuerit, silentium ejus maneat semper, et non a posteritate ejus suscitari concedatur, vel adversus eum, qui ingratus esse dicitur, vel adversus ejus successores.* Donc, si le donateur a manifesté l'intention que la donation fût révoquée, les héritiers pourront intenter l'action. Ainsi, au donateur seul appartient le droit de révoquer, mais la révocation ayant eu lieu d'une manière quelconque, les héritiers pourront intenter l'action.

Le Code civil a d'abord limité l'action dans la personne du donateur au délai d'un an (art. 957). De plus, il n'accorde l'action aux héritiers que si elle est intentée par le donateur, ou si celui-ci est mort dans le délai utile pour l'intenter. Encore faut-il, dans ce dernier cas, que le donateur n'ait pas, avant sa mort, pardonné l'offense.

En droit romain la révocation ne peut frapper que le donataire, non pas ses héritiers; elle ne frappe les héritiers que pour autant

qu'elle a déjà frappé le donataire, c'est-à-dire qu'elle doit avoir eu lieu du vivant du donataire, pour que l'action puisse s'intenter contre les héritiers. La L. 10, C. VIII, 56, dit que la révocation ne peut avoir lieu qu'*inter primas personas,* c'est-à-dire entre le donateur et le donataire (art. 957).

Le Code civil n'admet pas que l'action puisse s'intenter contre les héritiers du donataire, si elle n'a point déjà été intentée contre le donataire lui-même.

Enfin, lorsque la L. 7, C. VIII, 56, dit que l'action est tellement personnelle qu'elle n'a que les effets d'une *vindicatio,* le mot *vindicatio* a ici la signification de *vindicta* et désigne une action *vindictam spirans* (1). Il n'y a donc pas lieu de dire avec Mühlenbruch que *vindicationis habent effectum* signifie que la chose doit être restituée *cum omni causâ,* à quoi l'auteur ajoute, par forme de dérogation, que cependant la chose continue d'être grevée des charges qui y ont été imposées. Il n'est pas exact non plus de dire avec Savigny (IV, p. 238), qui du reste admet avec raison que le donataire n'est tenu que de ce dont il est enrichi, que par *vindicatio* il faut, dans la L. 7, entendre une restitution, une revendication, qui ne peut être poursuivie que contre le donataire. Suivant Brissonius le mot *vindicatio* est synonyme de *vindicta,* et Cicéron l'emploie plusieurs fois dans ce sens. Ce mot signifie que l'action est tellement personnelle qu'elle est une action *vindictam spirans;* par conséquent il faut que le donateur ait manifesté son intention à cet égard du vivant du donataire : *Actionem vero, ita personalem esse volumus,* dit la L. 10, C. VIII, 56, *ut vindicationis tantum habeat effectum : nec in heredem detur, nec tribuatur heredi.*

Comme cette action est fondée non pas sur une clause implicite de la donation, mais sur la *vindicta,* sur une idée qui est d'ordre public, il en résultera aussi que le pacte par lequel le donateur s'interdirait à l'avance la révocation pour ingratitude, serait de nul effet. La L. 27, § 4, D. II, 14, serait ici applicable; on ne peut renoncer à cette action que lorsqu'elle est déjà acquise, lorsque la faculté d'agir existe.

(1) Comp. Brissonius, au mot *Vindicatio.*

924. Il nous reste à énumérer les causes de la révocation pour ingratitude; ce sont (1):

1° L'atteinte portée à la réputation et à l'honneur du donateur; l'injure grave, *atrox*. Une condition essentielle de l'injure grave est qu'elle soit publique.

2° Les voies de fait et actes de violence.

3° Les atteintes graves portées à la fortune du donateur, vols, filouteries, etc.

4° Les atteintes à la vie du donateur.

5° L'inaccomplissement de toutes charges ou conditions imposées par le donateur au donataire.

(1) L. 10, C. VIII, 56.

DE QUELQUES DONATIONS PARTICULIÈRES.

Sommaire.

925. De la donation *sub modo*, et des actions qui s'y rattachent.
926. L'inexécution du mode ne donne lieu, en règle générale, qu'à une action personnelle. — Il en est autrement en droit moderne.
927. La donation *sub modo* est-elle assujettie à la formalité de l'insinuation, et révocable pour cause d'ingratitude?
928. En quoi la donation *sub modo* diffère-t-elle des contrats innommés *do ut des, do ut facias?*
929. La donation dite rémunératoire ne diffère en aucun point de toute autre donation. — L. 34, § 1, D. XXXIX, 5.

925. Nous avons encore, avant de quitter cette matière, à traiter de quelques donations particulières, parmi lesquelles se présente en premier lieu, comme la plus importante, la donation *sub modo*.

Le mode peut être défini une charge non équivalente à la donation, que le donateur impose au donataire, sans que pourtant la donation même soit rendue dépendante de l'exécution de la charge, quoique pour non-exécution la donation puisse être révoquée. La donation *sub modo* diffère de la donation sous condition, en ce que la donation sous condition n'existe qu'au moment où la condition s'accomplit, de telle sorte que dans une donation sous condition potestative de la part du donataire, celui-ci ne saurait réclamer le don avant d'avoir exécuté la condition, tandis que dans la donation *sub modo* le donataire peut poursuivre l'exécution de la donation avant qu'il ait exécuté la charge, sans que le donateur puisse lui opposer une fin de non recevoir.

Le mode peut consister :

1° Dans une prestation à faire au donateur.

2° Dans une prestation à faire à un tiers.

3° Il peut consister aussi dans un acte qui ne constitue aucun

droit, et qui ne présente aucun intérêt particulier pour aucune personne déterminée, par exemple : l'érection d'un monument, la fondation d'une institution publique.

Le mode dans l'intérêt du donataire seul, est sans effet; il est censé non ajouté.

Lorsque le mode impose une prestation au donataire envers le donateur, et que cette prestation est appréciable à prix d'argent, — par exemple, le donateur a stipulé des aliments ou toute autre chose, ou bien il s'est réservé le retour de la chose donnée sous quelque condition ou à son gré, — dans ce cas le donateur peut, au moyen d'une action, poursuivre l'exécution du mode. Cette action est l'action *ex stipulatu,* s'il y a eu stipulation; dans tous les cas, c'est l'action *praescriptis verbis,* car la donation *sub modo* revêt dans ce cas la forme du contrat *do ut des, do ut facias.*

Lorsque le mode est ajouté dans l'intérêt d'un tiers, sans que le donateur lui-même y ait un intérêt, il est évident, d'après les principes généraux, que ni le donateur ni le tiers ne peuvent avoir d'action tendant à faire exécuter le mode, car ce tiers n'a pas d'action, attendu qu'il n'a pas contracté, et le stipulant n'en acquiert pas pour soi-même, attendu qu'il n'a pas d'intérêt (1).

Mais, quel que soit le mode que le donateur ait imposé à la donation, soit dans son intérêt, soit pour un tiers ou dans l'intérêt public, si le donataire, par sa faute, n'exécute pas le mode, le donateur pourra intenter la condiction *causa data causa non secuta,* car il peut toujours intenter l'action qui provient non pas du contrat, de la stipulation, qui n'a pas d'effet, mais de son fait, du *dare* et de la *causa non secuta.* La condiction *causa data causa non secuta* ne serait inadmissible que si l'exécution était physiquement impossible (2).

Nous venons de dire que si le mode consiste dans une prestation en faveur d'un tiers, ni le stipulant ni le tiers, d'après le principe *alteri stipulari non possumus,* n'ont une action tendant à l'exécu-

(1) L. 11, D. XLIV, 7; — L. 9, § 4, D. XII, 1; — § 4, Inst. III, 19.
(2) LL. 3 et 8, C. IV, 6.

tion du mode. Le stipulant en aurait une, s'il avait un intérêt appréciable, et non pas seulement d'affection; le tiers n'en pourrait avoir que pour autant qu'il eût été présent à la donation et qu'il eût stipulé la prestation pour lui. Cependant, pour le mode ajouté à une donation, il a été dérogé par le droit nouveau à la règle : *alteri stipulari non possumus,* mais sans que le tiers même non présent à la donation, ait une *actio utilis* à l'effet de poursuivre l'exécution du mode stipulé à son profit (1).

Quelle est cette *actio utilis,* et comment se rattache-t-elle au droit préexistant?

Meyerfeld (2) a dit que c'est une action dont le donateur est censé avoir fait cession au tiers. Cette opinion ne saurait être admise, car quant à l'action *praescriptis verbis,* tendant à l'exécution du mode, comment le donateur pourrait-il la céder, ne l'ayant pas lui-même, comme nous l'avons vu. Et quant à la condiction *causa data causa non secuta,* la cession de cette action aurait pour résultat non pas de procurer au tiers l'exécution du mode, ainsi que l'ont voulu les parties, mais de lui procurer la chose même donnée, ce qui est au-delà de leur intention.

L'action *utilis* ne se trouve donc dans aucun rapport avec l'action que pourrait avoir le donateur lui-même. Son rapport véritable a été montré par Savigny, quand il rattache le mode, en matière de donation entre-vifs, aux charges qui pouvaient être imposées à un donataire pour cause de mort, de même qu'à un légataire (3). En effet, cette faculté d'imposer des charges obligatoires à un donataire pour cause de mort, fut par Antonin-le-Pieux étendue déjà aux donations entre-vifs dont le donateur s'était réservé la révocation (4); et Justinien, par la L. 3, C. VIII, 55, étendit enfin cette faculté à toute espèce de donation; de sorte que l'action *utilis* du tiers est une action donnée par analogie de l'action *ex testamento* du légataire, et qui tend à l'exécution du mode sans que le tiers puisse jamais prétendre aux biens mêmes qui

(1) L. 3, C. VIII, 55.
(2) *Traité des Donations* (en all.), p. 422.
(3) L. 77, § 1, D. XXXI.
(4) L. 37, § 3. D. XXXII.

avaient été donnés, comme il l'aurait pu s'il avait eu la *condictio sine causa*.

926. L'inexécution du mode donne au donateur une action personnelle, soit l'action *praescriptis verbis*, soit, si l'exécution a été différée ou est devenue impossible par la faute du donataire, la condiction *causa data causa non secuta;* soit enfin l'*actio utilis*, si le mode est dans l'intérêt d'un tiers. Cette inexécution ne donne pas au donateur une action contre les tiers; un seul cas est cependant excepté, celui où le mode consiste dans une prestation d'aliments que s'est réservée le donateur; le donateur, dit la L. 1, C. VIII, 55, a non seulement l'action personnelle en répétition, mais aussi la revendication contre le tiers possesseur de l'objet donné. Cette disposition de la L. 1, d'après le texte même, doit être considérée comme tout-à-fait exceptionnelle. En règle générale, l'inexécution d'aucun contrat synallagmatique ne donne à la partie qui a exécuté le contrat, une action contre les tiers en cas d'inexécution de l'autre partie, et il en est de même de l'inexécution d'un mode ajouté à une donation.

Mais dans notre droit, de même que dans les contrats synallagmatiques, la partie qui a exécuté le contrat peut, en cas de non-exécution d'autre part, atteindre les tiers-possesseurs; ainsi le donateur aussi peut, à défaut d'exécution du mode, atteindre également le tiers-possesseur de la chose donnée. La résolution, dans le droit moderne, est tacitement stipulée pour l'inexécution du mode, comme pour l'inexécution d'un contrat synallagmatique. Toutefois, cette clause tacite de résolution ou de révocation n'opère pas de plein droit; à la différence de la clause résolutoire expresse (1), elle doit être appréciée par le juge. La résolution pour inexécution du mode doit donc aussi être demandée dans notre droit contre le donataire, mais il convient de mettre les tiers-détenteurs en cause, pour faire déclarer le jugement commun entre eux.

927. Suivant Mühlenbruch, la donation *sub modo* différerait de toute autre donation :

1° En ce qu'elle ne serait pas assujettie à la formalité de l'insinuation, dût-elle dépasser 500 *solidi;*

(1) Voyez les art. 1184 et 954 du Code civil.

2° En ce qu'elle ne serait pas révocable pour cause d'ingratitude.

Avec Savigny et autres, nous croyons qu'aucune de ces différences ne saurait être admise. Quant à la première, Mühlenbruch se borne à dire que la donation *sub modo* est un *negotium mixtum*. Nous l'admettons; mais qu'en résulte-t-il? Que pour autant qu'il y a charge, il n'y a point donation. Mais si la charge étant déduite, il reste au-delà de 500 *solidi* à titre de libéralité, cet excédant n'en constituera pas moins une donation, et comme d'ailleurs la donation *sub modo* n'est pas formellement exceptée, ne faut-il pas admettre que l'insinuation est exigée?

Par la même raison, et comme aucun texte n'établit d'exceptions à cet égard, nous n'admettons pas la seconde différence signalée par Mühlenbruch. Non seulement aucun texte n'est cité à l'appui de cette différence, mais en vertu de la L. 10, C. VIII, 54, l'inexécution du mode, des charges et conditions, est signalée comme constituant une des causes d'ingratitude pour lesquelles toute donation est révocable. Cette objection était trop inévitable pour qu'elle n'eût pas été prévue par Mühlenbruch lui-même, et il tâche de l'écarter en disant : comme l'inexécution du mode donne lieu à la condiction *causa data causa non secuta,* à une action qui, à la différence de la condiction *ex Lege* 10, C. VIII, 54, peut être intentée par les héritiers et contre les héritiers, il n'est pas présumable que la L. 10 ait entendu parler de la donation *sub modo* proprement dite, c'est-à-dire de la donation accompagnée d'un mode dont l'inexécution donne lieu à la condiction *causa data causa non secuta.* Selon Mühlenbruch, la L. 10 parle des modes qui ne sont pas strictement obligatoires, des modes dont l'inexécution serait inappréciable à prix d'argent et qui ne pourraient par conséquent faire naître ni l'action *praescriptis verbis,* ni la condiction *causa data causa non secuta,* de telle sorte que pour l'inexécution de ces modes, la condiction *ex Lege* 10 seule pourrait être intentée.

Mais c'est là établir une distinction qui ne se trouve nulle part dans la loi, et que rien d'ailleurs ne nous force d'admettre logiquement; car, dit Savigny, qu'y a-t-il de plus ordinaire que de voir qu'un demandeur ait le choix entre deux actions soumises

d'ailleurs à des conditions qui ont des effets différents? La seule chose qui résulte de la comparaison de la condiction *ex Lege* 10 avec la condiction *causa data causa non secuta,* c'est que le demandeur a le choix entre deux actions, à moins qu'il ne s'agisse d'une charge non appréciable à prix d'argent, auquel cas il y a lieu à la condiction *ex Lege* 10 (révocation pour ingratitude). Mais de ce que la L. 10 est applicable ici, il ne suit pas qu'elle ne le soit dans le cas même où il y a lieu à la condiction *causa data....* et encore bien moins que la donation *sub modo* ne soit pas révocable pour ingratitude en général.

928. La donation *sub modo* est dans sa forme, on en convient généralement, un contrat *do ut des* ou *do ut facias.* Si la charge était équivalente ou à-peu-près à ce qui est donné, ou qu'elle fût équivalente dans l'intention des parties, il n'y aurait plus donation, il y aurait au fond un contrat onéreux innommé. Donc la donation *sub modo* n'est réellement donation que pour autant que la charge n'est pas l'équivalent de la chose donnée, et qu'il y ait dans celle-ci un excédant qui dans l'intention des parties mêmes constitue une libéralité. C'est en cela que la donation *sub modo* diffère du contrat innommé. Or, et parce qu'elle est une donation, elle en diffère encore en ce qu'elle est soumise à l'insinuation et révocable, comme toute autre donation, pour ingratitude, enfin en ce qu'elle est nulle, c'est-à-dire révocable entre conjoints, si elle a été faite pendant le mariage.

Y a-t-il entre la donation *sub modo* et le contrat innommé *do ut des, do ut facias,* encore une autre différence? Ceux qui admettent le *jus poenitendi,* ceux qui admettent que dans tous les contrats innommés qui commencent par un *dare,* il y a lieu à la condiction *ob meram poenitentiam,* par cela seul que cela plait au contractant qui a donné, l'autre fût-il prêt à exécuter le contrat, ceux-là disent que dans la donation *sub modo,* il n'y a pas lieu au *jus poenitendi,* mais que l'inexécution du mode doit être imputable au donataire pour qu'il y ait lieu à répétition par la condiction *causa data causa non secuta* (1).

(1) L. 18, D. XXXIX, 5. — L. 8, C. IV, 6.

Nous qui n'admettons pas ce *jus poenitendi* comme étant un caractère général et commun aux contrats innommés qui commencent par un *dare*, nous ne pouvons par conséquent admettre cette différence, et puisqu'on convient que la donation *sub modo* est dans sa forme un contrat *do ut des* ou *do ut facias*, nous trouvons dans cette donation même un argument de plus en faveur de notre opinion. Le *jus poenitendi* n'est pas un caractère commun aux contrats innommés qui commencent par un *dare*, car les textes qu'on cite pour l'établir (1), n'ont trait qu'à des contrats qui présentent avec le mandat la plus frappante analogie; ils se rapportent au cas où je donne une somme d'argent au propriétaire d'un esclave pour qu'il le mette en liberté. — Que dans un tel cas on puisse à tout moment et tant que l'affranchissement n'a pas eu lieu, redemander ce qui a été donné, c'est ce qui résulte naturellement du mandat dont les règles gouvernent cette espèce de contrat innommé, car tout contrat innommé emprunte toujours ses règles au contrat nommé avec lequel il a le plus d'analogie.

Nous avons montré, en parlant de l'Échange, que dans ce contrat la condiction *ob causam datorum* ne peut être intentée lorsque l'autre partie ne veut pas donner ou que par sa faute l'exécution est devenue impossible. — Il en est de même de l'inexécution d'un mode de la donation. Donc pas de différence sur ce point entre la donation *sub modo* et les autres contrats innommés.

929. Entre la donation rémunératoire et la donation pure et simple, quelques auteurs établissent aussi une différence que nous n'admettons point.

Selon eux, la donation rémunératoire, sans être exempte de l'insinuation, sans être permise entre conjoints, se distinguerait cependant de toute autre donation en ce qu'elle ne serait point révocable pour cause d'ingratitude. Mühlenbruch se fonde pour l'enseigner sur ce que c'est en quelque sorte une obligation naturelle que de se montrer reconnaissant (2). Cependant avec Savigny et

(1) L. 3, §§ 2 et 3; L. 5, § 1, D. XII, 4. — Comparez ce que nous avons dit plus haut aux nos 89, 90, 334, 868, etc.

(2) Il invoque les L. 25, § 11, D. V, 3; — L. 27, L. 34, § 1, D. XXXIX, 5; — L. 34, § 1, D. XLVII, 2 (*Doctr. Pand.*, § 45, note 12).

Meyerfeld, nous croyons que, à part le cas spécial dont il s'agit à la L. 34, § 1, D. XXXIX, 5, la donation que l'on qualifie de rémunératoire, ne se distingue en rien de toute autre donation.

Ou cette donation a pour objet de récompenser des services appréciables, des services qui se rétribuent, et alors il n'est pas question de donation; il y a paiement, il y a un *datum ob causam :* c'est le cas de la L. 27, D. XXXIX, 5. Ou bien, la donation est faite en reconnaissance de services inappréciables, et qu'on n'a pas coutume de rétribuer, et alors elle est une véritable donation et ne se distingue en rien de toute autre donation qui aurait pour mobile la bienfaisance. Si la dation rémunératoire était un *datum ob causam,* elle ne serait qu'un paiement; donc il devrait s'ensuivre que celui qui aurait fait une donation rémunératoire pour récompenser des services d'ailleurs inappréciables, qu'il croirait lui avoir été rendus, mais qui ne l'ont pas été, devrait avoir la condiction *indebiti* ou *sine causa,* et cependant la L. 65, § 2, D. XII, 6, la dénie formellement. Que faut-il en conclure? Que la donation rémunératoire est ou bien un contrat à titre onéreux, ou bien une pure libéralité faite *nullo jure cogente;* et si la L. 25, § 11, D. V, 3, dit au sujet du possesseur de bonne foi de l'hérédité, qu'il n'est tenu que *in quantum locupletior factus est,* que s'il a fait donation d'une chose héréditaire, il ne peut pas être considéré comme s'étant enrichi, quoiqu'il se soit obligé quelqu'un naturellement à le recompenser, le mot *naturaliter* ne peut pas s'appliquer ici à l'obligation naturelle proprement dite, à cette obligation à laquelle, en droit romain, il ne manquait que la forme pour faire naître l'action et qui du reste avait tous les effets de l'obligation civile; le mot *naturaliter* désigne ici un devoir de délicatesse ou de conscience, et non pas une obligation naturelle proprement dite. Celle-ci, pas plus que l'obligation civile, ne saurait avoir pour objet une chose inappréciable, inestimable, et tels sont pourtant les services dont la récompense devrait ici constituer l'obligation naturelle.

Quant à la L. 54, § 1, D. XLVII, 2, citée également, il en est du mot *debitor* dans ce texte, comme de *naturaliter obligare* du texte précédent; ce qui l'indique suffisamment, ce sont les mots

species lucri et le mot *beneficii* ajouté à *debitor*, dans la phrase que voici : *Species enim lucri est, ex alieno largiri, et beneficii debitorem sibi acquirere. Unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet.* — La dette d'un *beneficium* n'a rien de juridique, c'est pourquoi le jurisconsulte dit *species lucri*.

Enfin, quant à la L. 34, § 1, D. XXXIX, 5, elle renferme une exception. Dans l'espèce de cette loi il faut admettre que la donation rémunératoire est irrévocable; mais le cas est exceptionnel, cela résulte du texte même. Il y a plus : la donation dont il est question à la L. 34, est affranchie de toutes les dispositions législatives qui tendent à restreindre la donation, soit dans sa naissance, soit dans ses effets, c'est-à-dire qu'elle est affranchie de la forme, valable même entre conjoints, et nullement révocable. — Si quelqu'un, dit la loi, a sauvé la vie à un autre, l'ayant arraché aux mains de brigands ou d'ennemis acharnés, et qu'il ait reçu quelque chose pour cela, une telle donation sera irrévocable; car ce qui a été donné ne saurait être appelé salaire, tant à cause de l'importance de l'action, que parce que la vie est chose inestimable. Les sentences de Paul, dont la L. 34 est extraite, renferment en outre ces mots, qui se rapportent à la loi *Cincia : In infinitum donare non prohibemur (si tamen donatio, et non merces eximii laboris appellanda est)*, c'est-à-dire qu'aucune limite, dans ce cas, n'est apportée à la donation (1).

La manière dont cette loi est conçue, les motifs qui y sont allégués, prouvent évidemment que la disposition doit demeurer restreinte au cas particulier dont il s'agit, et non pas être étendue à toute donation rémunératoire. De plus, *in infinitum donare non prohibemur*, et les circonstances extraordinaires d'une telle donation doivent nous faire admettre qu'elle n'est soumise à aucune espèce de restriction.

Enfin remarquons que les mots *donatio remuneratoria* ne se trouvent pas dans nos textes, que jamais ces mots n'y sont opposés à une *donatio simplex;* remarquons en outre la grande difficulté qu'il y aurait à déterminer si une donation est rémunératoire ou

(1) Paul. *Sent.*, lib. V, Tit. XI, n. 6.

non, et concluons que le motif moral qui nous porte à donner, soit reconnaissance, soit bienveillance, compassion, etc., ne saurait rien changer à la nature ni aux effets juridiques de la donation même. Toute donation, excepté celle dont il s'agit à la L. 34, § 1, D. XXXIX, 5, est soumise aux restrictions dont nous avons parlé plus haut, et nous ne saurions admettre qu'il en soit autrement de la donation que, sans aucune raison juridique, on qualifie de donation rémunératoire.

DE LA LOI AQUILIA,

DE L'ACTION RÉSULTANT DU PRINCIPE DE LA L. 206, D. L, 17,

ET DE LA LOI RHODIA.

DE LA LOI AQUILIA.

Sommaire.

930. Action directe *ex Lege Aquilia : damnum manu* ou *corpore corpori datum*. — Action *utilis : a*. Lorsque le *damnum* n'est pas *manu datum*, mais est la conséquence indirecte d'un fait; *b*. lorsque le *corpus* n'a pas été lésé, mais qu'il a été perdu par le propriétaire.

931. Conditions requises pour l'action de la loi Aquilia : 1° dommage matériel, direct ou médiat, causé par le fait de l'homme; 2° imputabilité, *culpa*. — L'auteur d'un fait libre, qui cause indirectement un dommage, est-il tenu quelle que soit sa faute?

932. Suite. — La loi Aquilia ne s'applique pas au dommage qui résulte d'un changement dans l'état des lieux, quand il s'agit de propriétés immobilières.

933. Suite. — La loi Aquilia ne s'applique pas aux dommages résultant de la ruine d'un bâtiment ou de la chute d'un arbre, ni à ceux qui sont causés par les animaux indépendamment du fait de l'homme ou de la faute de celui qui les gouverne.

934. Elle exige 3° que le dommage constitue une *injuria*. — La défense légitime de la personne et de la propriété exclut donc l'application de la loi Aquilia. — Principe sur lequel se fonde la loi Rhodia *de jactu*.

935. Qui peut intenter l'action *ex Lege Aquilia?* — Pourquoi le possesseur de bonne foi le peut-il, même contre le propriétaire?

936. Suite. — Le père peut aussi l'intenter pour blessures faites à l'enfant sous puissance. — A quoi elle tend lorsqu'elle est intentée pour blessures ou homicide sur une personne libre. — Objet de l'action, en général, lorsqu'elle est intentée *ex primo capite*, et lorsqu'elle l'est *ex tertio capite*.

937. Nature de l'action *ex Lege Aquilia*. Elle est mixte, mais le caractère pénal domine. — Solidarité pénale. — Elle n'est pas donnée contre les héritiers, et cela s'applique à l'action *in factum* aussi bien qu'à l'action directe.

---

930. Le *damnum injuria datum* fut d'abord défini d'une manière assez étroite par la *Lex Aquilia;* elle disait, au chapitre premier, *qui servum servamve alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem injuria occiderit....* (1), et au chapitre troisième : *Si quis alteri damnum faxit, quod cesserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus trigenta proximis, tantum aes domino dare damnas esto* (2).

La lettre de la loi semblait donc requérir que le dommage fût *manu* ou *corpore corpori datum;* c'est pourquoi ce cas était le seul qui donnât lieu à l'action directe (3). Mais les jurisconsultes, au moyen des actions *utilis* et *in factum*, étendirent la disposition de la loi conformément à son esprit, et donnèrent l'action *in factum* ou l'action *utilis* dans les cas où le dommage, sans avoir été causé directement, *manu* ou *corpore*, avait été la conséquence, même plus ou moins éloignée, d'un fait volontaire; par exemple : l'esclave n'a pas été tué *manu*, mais il a été enfermé et est mort de faim (4), ou bien on a excité ou mal gouverné un animal qui a commis quelque dégât (5), ou bien l'on a effarouché un troupeau qui s'est jeté dans un précipice. Enfin, tout fait de complicité qui peut être considéré comme la cause du dommage, donne lieu, sinon à l'action directe, du moins à l'action *in factum* ou *utilis* (6).

Pareillement, il y a lieu à l'action *utilis* ou *in factum* si par le fait de l'homme, la chose, sans avoir été lésée corporellement,

(1) L. 2 pr., D. IX, 2.
(2) L. 27, § 5, D. IX, 2.
(3) L. 9, L. 37 et L. 51, D. IX, 2.
(4) § 16, Inst. IV. 3.
(5) L. 52, § 2, D. IX, 2; — L. 1, §§ 4 et 5, D. IX, 1.
(6) Voyez les L. 7, §§ 3 et 6; L. 9, § 3; L. 27, § 1, D. IX, 2.

a disparu ou a été perdue pour le propriétaire: ainsi, comme le dit la L. 49 pr., D. IX, 2, il y a lieu à l'action Aquilia soit que les abeilles aient été tuées, soit qu'elles aient été forcées d'émigrer. Il y a lieu à la même action, d'après le § 16, Inst. IV, 3, si touché de compassion on a ôté les fers à un esclave qui a pris la fuite.

931. De ce qui précède il résulte que la loi Aquilia a acquis une extension telle, que :

1° Quant au fait considéré en soi, elle requiert un dommage matériel, directement ou indirectement causé par le fait de l'homme. Nous disons : causé par le fait de l'homme, car on n'est pas, en vertu de cette loi, tenu des omissions. Ainsi, l'usufruitier n'est pas tenu en vertu de la loi Aquilia, s'il n'a pas recuré les fossés, s'il n'a pas entretenu les champs en bon état, et c'est aussi là le motif pour lequel la *cautio* était nécessaire dans toute espèce d'usufruit et qu'on ne pouvait pas en faire remise. La loi requiert aussi un dommage matériel, car le fait qui porterait seulement atteinte à l'honneur, à la réputation d'un tiers, donnerait lieu à l'action *injuriarum*.

2° Il ne suffit pas que le dommage matériel soit directement ou indirectement causé par le fait de l'homme, il faut encore que ce dommage soit imputable. Ainsi, celui dont le fait a été nécessité par quelque violence extérieure et irrésistible, n'est pas tenu de réparer le dommage; la réparation pour le tout incombe à l'auteur de la violence (1). Celui qui à raison de son état intellectuel ne jouit pas de sa liberté morale, ne répond pas non plus des conséquences juridiques de son fait; tels sont les enfants et les fous dont les tuteurs et les curateurs sont seuls tenus de l'action *in factum*, s'il y a quelque faute qui doive leur être imputée (2).

Mais supposez le cas ordinaire, supposez que la liberté morale, cette condition de toute imputabilité, ne fasse pas défaut, l'auteur d'un fait qui cause indirectement un dommage en sera-t-il toujours responsable? Sera-t-il responsable quel que soit le degré de sa faute, c'est-à-dire de sa négligence ou de son imprévoyance?

(1) L. 7, § 3, D. IX, 2.
(2) L. 5, § 2, D. IX, 2; — L. 61, D. XVI, 7; — L. 31, D. IX, 4

Il n'y a pas de doute que le dommage direct et volontaire tombe sous l'application de la loi; mais si, comme nous le supposons, le dommage est involontaire, s'il n'est que la conséquence indirecte d'un acte, conséquence qui aurait pu arriver ou non, il faut se garder de donner à la question une solution trop générale; car nous trouvons dans nos textes une distinction bien marquée. Lorsque le dommage n'est pas la conséquence directe, immédiate d'un fait, ce fait peut avoir un double caractère : il se peut que par lui-même et abstraction faite de ses conséquences nuisibles, il soit, je ne dirai pas précisément un fait illégal, injuste, cela n'est pas exigé, mais un fait posé sans aucun droit, un fait dépourvu par lui-même de l'autorité du droit; il se peut aussi que ce fait, considéré en lui-même, soit revêtu de cette autorité, que ce soit un fait dont l'auteur puisse dire : *feci, sed jure feci*. Dans la première hypothèse, lorsque l'acte qui a indirectement causé le dommage, est déjà par lui-même dépourvu de l'autorité du droit, on comprend que par cela seul qu'il en résulte un préjudice pour autrui, ce préjudice eût-il pu être prévu et évité, ou non, constitue une *injuria*, un *sine jure factum*, et dans ce cas on doit dire avec Ulpien à la L. 44, D. IX, 2 : *In Lege Aquilia et culpa levissima venit*. C'est le cas de la L. 9, § 4, D. IX, 2, ainsi que du § 4, Inst. IV, 3.

Le lieu où un tel fait est posé, est le plus souvent de la plus grande importance. Un esclave traverse un champ destiné aux jeux militaires pendant qu'un soldat lance un dard qui atteint l'esclave; y a-t-il faute? la loi Aquilia est-elle est applicable? Non, dit le § 4, Inst. IV, 3, d'accord en cela avec la L. 9, § 4, D. IX, 2. Mais il y aurait faute si l'événement était arrivé dans un autre lieu, non destiné à ces exercices. Au premier cas, la blessure ou la mort est un fait qui demeure dans le domaine du hasard et dont personne ne répond; car le fait d'avoir lancé un javelot sans intention mauvaise dans un lieu à ce destiné, est en lui-même un fait irréprochable. Au second cas, comme ce fait est par lui-même dépouillé de l'autorité du droit, il faut reporter sur son auteur l'événement même non prévu par lui, quelque grande que soit la part du hasard.

Lorsque le fait qui cause le dommage indirect, est un fait légitime, on ne peut pas dire que toute faute soit imputable, comme au cas précédent; il faut voir si l'auteur du fait a pu prévoir le dommage ou non; les LL. 30, § 3, et 31, D. IX, 2, nous fournissent à cet égard des exemples assez remarquables :

Un cultivateur fait du feu dans son champ pour brûler le chaume, — voilà un fait licite, l'exercice d'un droit de propriété. — Un coup de vent chasse le feu dans la moisson voisine. — L'auteur du fait est-il tenu *ex Lege Aquilia?* La L. 30 répond : si le feu a été allumé un jour où il y avait du vent, ou si le foyer n'était pas assez clos, il sera tenu; mais si l'air était tranquille, le foyer clos, si les précautions qu'on prend d'ordinaire en ces cas, ont été prises, il ne sera pas tenu. — D'où il suit que lorsque le fait qui cause indirectement un dommage, est revêtu de l'autorité du droit, l'appréciation de la faute se présente comme dans les contrats où il y a intérêt de part et d'autre et où l'on est tenu de la *levis culpa*.

Un élagueur laisse tomber une branche sur un esclave qui passait sous l'arbre; — la L. 31 distingue : si l'esclave a passé par un chemin à côté duquel se trouve l'arbre, il y a faute de la part de l'élagueur; celui-ci aurait dû prendre ses précautions, ou du moins il n'est irréprochable que s'il a pris les précautions ordinaires. Mais si l'arbre ne se trouve pas sur un chemin, la faute ne se présume plus dans ce cas, et il faudrait prouver le dol de la part de l'élagueur.

932. Il importe d'examiner ici la L. 57, D. XIX, 2, dont la conciliation avec les principes sur la loi Aquilia, notamment avec la L. 30, § 3, D. IX, 2, a paru difficile. La L. 30 décide que le fait d'avoir brûlé du chaume, si par un coup de vent le feu est communiqué à la moisson voisine, entraîne la réparation du dommage, s'il y a eu négligence ou imprévoyance. A la L. 57, le fait du locataire d'une *area* (lieu vague situé dans la ville), d'avoir porté dans cette *area* de la terre contre le mur de la propriété voisine, lequel, à cause de l'humidité survenue, s'est écroulé, ce fait est dit ne pas tomber sous l'application de la loi Aquilia. Or, dit-on, si le premier fait qui a causé le dommage immédiatement,

le vent se soulevant, est compris sous la loi, pourquoi le second fait, l'humidité survenue, n'y serait-il pas compris? les deux cas sont identiques et la décision devrait être la même. Aussi des auteurs n'ont pas craint de dire que Labéon et Javolenus se sont trompés à la L. 57, et ils ont admis qu'il y fallait appliquer la loi Aquilia.

Mais avec un peu plus de connaissance de l'action *aquae pluviae arcendae,* de l'interdit *quod vi aut clam,* il ne sera pas difficile de comprendre l'exactitude rigoureuse de la L. 57. Cette loi nous indique elle-même assez clairement le motif pour lequel la loi Aquilia n'est pas applicable; le jurisconsulte insiste sur ce que ce n'est pas le fait de l'encombrement, la *congestio,* qui a causé le dommage : c'est l'humidité survenue quelque temps après, par la fréquence des pluies. Or voici l'importance de cette remarque : contre le dommage résultant de faits de cette nature, il est facile de se défendre par la *novi operis denuntiatio,* par l'action *negatoria,* l'action *aquae pluviae arcendae,* etc., et si le fait a eu lieu clandestinement ou malgré le propriétaire, par l'*interdictum quod vi aut clam;* il ne faut donc pas recourir à l'application d'une loi pénale telle que la loi Aquilia. Tel est le motif pour lequel la L. 57 n'applique pas la loi Aquilia. Dans l'espèce de cette loi, il est bien vrai que les actions *negatoria, aquae pluviae arcendae,* etc., ne peuvent pas s'intenter non plus, puisque le fait a eu lieu sur la propriété même de celui qui souffre le dommage; mais cette considération ne suffit pas pour rendre la loi Aquilia applicable : elle explique seulement pourquoi Labéon dit qu'il n'y a lieu qu'à l'action *locati.*

Par conséquent, si tout fait imputable qui cause indirectement un dommage matériel à autrui, tombe sous la loi Aquilia, il faut pourtant excepter les faits qui déterminent un changement dans l'état de deux propriétés, lorsque ce changement ne nuit pas à l'instant même, mais seulement *ex post facto* et parce que l'état des lieux et le cours des eaux ont été changés; dans ce cas il y a lieu à l'action *aquae pluviae arcendae,* s'il s'agit d'un dommage causé aux champs; à l'action *negatoria fluminis vel stillicidii immittendi,* s'il s'agit de dommage causé à des propriétés urbaines,

action négatoire qui, comme le dit la L. 1, §§ 17 et 19, D. XXXIX, 3, a une portée plus générale que l'action *pluviae arcendae;* ou bien il y a lieu à l'*interdictum quod vi aut clam* ou à l'*operis novi nunciatio.* Cela est si vrai, que s'il en était autrement, si tout dommage, même celui résultant d'un changement dans l'état des lieux, tombait sous la loi Aquilia, tout le titre 3, D. XXXIX, *Aquae pluviae arcendae,* serait inutile, puisqu'une condition indispensable pour intenter cette action est aussi qu'il y ait un *opus factum* (1).

933. Si l'on donnait à la loi Aquilia une telle extension, on ne concevrait pas non plus la *cautio damni infecti,* car le dommage causé par la ruine d'un bâtiment, par la chute d'un arbre, tomberait également sous cette loi.

Ainsi, si la loi Aquilia embrasse tout dommage causé par le fait de l'homme directement ou indirectement, mais imputable à son auteur, cette loi se trouve limitée d'après les règles ci-dessus établies :

1° Quant au dommage résultant d'un changement dans l'état des lieux et concernant la propriété immobilière, par l'action *aquae pluviae arcendae,* s'il s'agit d'un *ager* (terre destinée à l'agriculture), et par l'action *negatoria stillicidii vel fluminis immittendi,* s'il s'agit d'une propriété urbaine; enfin par l'interdit *quod vi aut clam,* comme nous le verrons plus tard.

2° Quant au dommage qui est causé par les animaux et qui n'est pas indépendant du fait de l'homme, soit fait d'excitation, soit faute du conducteur, il donne lieu à l'action noxale, c'est-à-dire que celui qui a souffert le dommage, quelque considérable qu'il soit, peut seulement demander que l'animal lui soit donné *in noxam,* obligation dont le possesseur de l'animal se libèrera en réparant le dommage. On dit qu'il y a lieu à l'action noxale *de pauperie* lorsque l'animal apprivoisé a causé le dommage *contra naturam* (2), car s'il a été excité, c'est l'action Aquilia *in factum* qui pourra être intentée.

(1) L. 1, § 15, D. XXXIX, 3.

(2) *Quoties fera genitali, id est spontanea feritate, nocuit, et tamen contra naturam, id est naturalem consuetudinem omnium ejus generis animalium.* — Comp. L. 1, § 7, D. IX, 1.

934. Pour l'action *ex Lege Aquilia*, il faut comme troisième condition, un *damnum injuria datum;* en d'autres termes il faut qu'aucune considération puisée dans la position de l'auteur du dommage, n'enlève à l'acte les caractères de l'*injuria*, qui résultent du *damnum*, joint à la faute (1). La nécessité de la légitime defense non seulement de la personne, mais aussi de la propriété, efface toute imputabilité, toute faute. Donc, le dommage matériel causé par la légitime défense de la propriété, ne donne pas lieu à l'action de la loi Aquilia. Si en cas d'incendie on démolit une maison qui aurait communiqué le feu à d'autres, et que la démolition ait eu lieu non par une vaine crainte, mais dans un danger réel, il n'y a pas lieu à appliquer la loi Aquilia aux auteurs de ce fait (2).

De même, si dans un péril commun et réel, pour sauver leurs marchandises, des marchands ont jeté par dessus bord celles d'autres marchands, il n'y a pas lieu à la loi Aquilia (3). Mais comme chacun des marchands intéressés aurait pu en faire autant à l'égard des autres, l'équité exige que tous ceux qui ont profité du jet, prennent leur part à la perte. C'est sur ce principe, sur la légitime défense de la propriété, et non pas, comme le dit à tort Mühlenbruch, sur la règle : *Natura aequum est, neminem cum alterius damno fieri locupletiorem*, que sont fondées les dispositions de la loi Rhodia *de jactu*.

935. Par qui l'action *ex Lege Aquilia* peut-elle être intentée?

Elle ne peut l'être que par celui qui a le domaine civil ou prétorien, ou qui a un *jus in re* (4). Dans la loi Aquilia, le propriétaire seul était nommé (5); c'est pourquoi l'action directe ne compète qu'au propriétaire. Si une chose héréditaire est endommagée avant l'acceptation de la succession, l'action est acquise à la succession même, considérée comme propriétaire (6); et, soit que

(1) L. 5, § 1, D. IX, 2.
(2) L. 49, § 1, D. IX, 2.
(3) L. 14, D. XIX, 5.
(4) L. 11, L. 12, L. 17 pr.; L. 30, § 1, D. IX, 2.
(5) L. 11, § 6, D. IX, 2.
(6) L. 13, § 2, D. IX, 2.

cette chose ait été léguée, soit qu'elle ne l'ait pas été, l'action appartiendra par conséquent à l'héritier.

La L. 43, D. IX, 2, dit qu'il n'est point nécessaire pour intenter l'action qu'on soit propriétaire au moment où le dommage est commis, qu'il suffit qu'on le soit au moment où l'action est intentée. Il en est de même si la chose léguée a été endommagée après l'acceptation de la succession, mais avant l'acceptation du legs; dans ce cas l'action appartiendra encore à l'héritier. Elle n'appartient donc au légataire que si le dommage a eu lieu après l'acceptation qu'il a faite de son legs. Toutefois, si le dommage qui a eu lieu avant l'acceptation du legs, laisse subsister la chose et que partant la possibilité d'accepter la chose léguée existe encore pour le légataire, l'action devra lui être cédée avec la chose, car celle-ci doit être cédée *cum sua causa* (1). Il suit de là que l'acceptation du legs, pour être utile, doit être faite tant que subsiste la chose, sauf l'action *ex testamento* contre l'héritier ou le grevé qui aurait lui-même par son dol ou sa faute, rendu l'acceptation et l'exécution du legs impossibles (2).

Parmi ceux qui peuvent intenter l'action *utilis*, est le possesseur de bonne foi et le créancier hypothécaire, qui peuvent agir même contre le propriétaire, lorsqu'il est l'auteur du dommage (3). Que le créancier hypothécaire ait l'action contre le propriétaire même, cela se conçoit aisément; mais que le possesseur de bonne foi l'ait aussi, cela est moins évident peut-être. Cependant cette disposition peut encore facilement se justifier. En effet, si le possesseur de bonne foi avait gardé la chose, ou bien il l'aurait usucapée, ou, s'il en avait été évincé, il aurait eu l'action en garantie contre son vendeur; or le propriétaire l'a privé de cette action en détruisant la chose. Le possesseur de bonne foi se trouve donc lésé par le fait du propriétaire.

Si la chose hypothéquée a été endommagée par un tiers, le débiteur ou propriétaire aura l'action directe contre le tiers, et le créancier l'action *utilis*. Le créancier agira à concurrence de sa

(1) L. 15, D. IX, 2.
(2) L. 14, D. IX, 2.
(3) L. 17, D. IX, 2.

créance, le débiteur ou propriétaire agira à l'effet d'obtenir l'excédant, s'il y en a (1).

L'usufruitier a aussi l'action *utilis ex Lege Aquilia*. Dans ce cas l'usufruit sera estimé, et le nu-propriétaire aura l'action directe à concurrence de la nue-propriété. Il en est de même de ceux qui auraient d'autres droits réels (2).

Mais cette action est-elle accordée à d'autres qui n'ont aucun droit réel sur la chose, par exemple au commodataire, au locataire?

Les L. 11, § 9, D. IX, 2; — L. 9, D. XIII, 6; — L. 40, D. XIX, 2, répondent négativement. Cependant, à cause de la L. 27, § 14, D. IX, 2, on a prétendu que d'autres encore que ceux qui ont un *jus in re*, peuvent intenter l'action *utilis;* mais c'est là une erreur. Il est vrai que par la L. 27 l'action est accordée au fermier pour un dommage causé aux fruits qui sont encore sur pied. Toutefois, il résulte clairement du texte qu'en principe l'action n'appartient qu'au propriétaire, et que ce n'est qu'au nom du propriétaire que le fermier peut l'intenter, puisque la loi elle-même reconnaît que, selon la rigueur du droit, le propriétaire pourrait encore exercer l'action après que le fermier l'a intentée; c'est pour ce motif qu'elle soumet le fermier qui l'intente, à fournir caution au défendeur. Donc il n'a pas d'action *suo nomine,* il l'exerce pour le propriétaire et lui en doit compte, tandis que le propriétaire de son côté doit garantir au fermier la jouissance des fruits et lui tenir compte des pertes imprévues et considérables (3). Par conséquent il reste vrai que l'action n'appartient qu'à ceux qui ont un droit de propriété, ou une possession de bonne foi, ou des droits réels sur la chose endommagée.

Le vendeur doit cependant, lorsque le *damnum injuria datum* ne lui est pas imputable, céder l'action à l'acheteur, car comme celui-ci porte le péril de la chose, il est juste aussi qu'il perçoive l'émolument de l'action (4).

(1) L. 30, § 1, D. IX, 2.
(2) L. 11, §§ 6 et 10, D. IX, 2.
(3) Voyez L. 15, D. XIX, 2, et ce que nous avons dit plus haut aux n°s 573 et suiv.
(4) L. 35, § 4, D. XVIII, 1. — Voyez ce que nous avons dit en traitant des *risques et périls en matière de vente* (n°s 425 et suivants).

936. Le propriétaire et celui qui a un *jus in re* peuvent seuls intenter l'action *ex Lege Aquilia;* cependant, comme cette action a été étendue aussi au cas de blessures faites à des personnes libres, et au cas d'homicide, on a donné l'action au père, lorsque l'enfant qui était sous puissance a été blessé. De plus, l'action a pour objet les frais de guérison et le gain que l'enfant eût pu procurer au père, surtout s'il exerce quelque profession. Il en est de même lorsqu'un homme libre et *sui juris* a été blessé, et intente lui-même l'action. Du reste, le corps de l'homme libre est en lui-même chose inestimable (1).

Il est également admis dans notre jurisprudence que les parents, pour meurtre de leur fils qui était leur appui, ont une action en dommages-intérêts (2).

Du reste, l'action *legis Aquiliae, ex primo capite,* concernant les blessures ou le meurtre sur un esclave, a pour objet non seulement la valeur actuelle de l'esclave, mais encore tout ce qu'il a pu valoir au-delà pendant l'année qui a précédé le fait, et de plus les dommages-intérêts, qui ne comprennent cependant pas le prix d'affection (3).

Ex tertio capite, le demandeur, pour ce qui concerne l'estimation de la chose, peut exiger la plus-value pendant les trente jours qui précèdent le délit, outre les dommages-intérêts. En cas de dénégation, l'auteur du dommage est condamné au double : *adversus inficiantem, in duplum actio est* (4).

937. L'action *ex Lege Aquilia,* d'après ce qui précède, est donc pénale mixte : c'est pourquoi elle est donnée *in solidum,* contre plusieurs coauteurs ou complices, et cela sans que le paiement fait par l'un, libère l'autre (5), caractère de solidarité qui est celui de la peine et non celui de la réparation civile.

C'est à cause de cette nature pénale qu'elle ne se donne pas

(1) L. 6 et L. 7, D. IX, 2.

(2) Art. 1383 du Code civil. — Comp. arrêts de la Cour de Cassation de France, 29 juin 1827 et 30 juin 1826.

(3) L. 2, L. 21, L. 33, D. IX, 2.

(4) §§ 23 et 26, Inst. IV, 6; — L. 2, § 1; et L. 10, D. IX, 2.

(5) L. 11, § 2, D. IX, 2.

contre les héritiers (1); ceux-ci en droit romain ne sont pas tenus *ex delicto,* ne serait-ce que des dommages-intérêts; ils ne sont tenus qu'en vertu du principe de la L. 206, D. L, 17, c'est-à-dire à concurrence de ce dont ils seraient enrichis par le délit.

Quelques auteurs ont pensé que l'action *in factum* était une action purement *rei persecutoria,* une action non mélangée de pénalité, et ils en ont conclu que cette action se donnait contre les héritiers; c'est là une erreur. Il suffit de lire au hasard le titre de la loi Aquilia, pour voir que les termes *actio in factum* et *actio utilis* sont employés indifféremment; les héritiers ne sont tenus d'aucune de ces actions, ni de l'action directe, ni de l'action *utilis.* Lorsqu'ils se sont enrichis, l'action qui s'intente contre eux, s'appelle bien *actio in factum,* mais ce n'est pas l'*actio specialis* donnée par analogie de l'action directe *ex Lege Aquilia;* c'est une *actio generalis* fondée sur le principe : *Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.*

(1) L. 23, § 8, D. IX, 2.

DE L'OBLIGATION QUI NAIT DU PRINCIPE DE LA L. 206, D. L, 17.

Sommaire.

---

938. L'obligation fondée sur la L. 206, D. L, 17 (1), qui est une loi d'équité, a pour conditions :

1° Une perte d'une part et en même temps un gain d'autre part. Or, est réputé gain, toute augmentation de patrimoine résultant soit de la possession de la chose qui a été perdue, soit de sa conversion en argent ou en d'autres valeurs, soit même de sa consommation ou de sa perte s'il s'agit de choses qui sont nécessaires au point qu'elles auraient dû être achetées par celui qui les a consommées ou perdues (2).

2° Il faut que cette perte et ce gain aient été faits *cum injuria*, c'est-à-dire, non pas précisément par un délit, par un fait illégal, mais *sine jure*. Ainsi, le gain fait par suite d'un contrat légalement contracté et exécuté, par exemple par suite d'une vente, d'un échange, n'est pas un gain *sine jure*, il a pour cause le contrat, l'application légitime de la liberté de l'homme. Le gain obtenu par une donation, fût-elle indirecte, n'est pas un gain *sine jure*; par ce motif, celui qui a géré les affaires d'un autre, malgré l'opposition de celui-ci, et qui, bien que responsable lui-même, n'a pas l'action *negotiorum gestorum contraria* pour se faire rem-

(1) Rappelons que cette loi est conçue en ces termes : *Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.*

(2) L. 17, L. 18, D. IV, 2; — L. 47, § 1, D. XLVI, 3.

bourser des impenses par lui faites, ne peut pas invoquer non plus la L. 206, car comme il s'est immiscé dans les affaires malgré l'opposition de l'autre, il arrivera de deux choses l'une : ou il a commis une *injuria*, ou il a voulu faire une libéralité; or le délit ne se présume jamais, par conséquent il est censé avoir fait donation. Donc, celui dont les affaires ont été gérées ne possède pas un gain fait *sine jure*, car ce qu'il possède, il est présumé le tenir à titre de donation.

De cette seconde condition il suit que le principe de la L. 206 ne peut s'appliquer qu'au gain fait, soit en-dehors des relations contractuelles, soit à l'occasion de contrats non valables à cause de quelque condition essentielle qui fait défaut. Il n'y a qu'un tel gain qui puisse être fait *sine jure*, c'est-à-dire en-dehors de l'usage légitime de notre liberté.

Un pupille contracte un emprunt, un *mutuum* ou un commodat : il n'est obligé ni *ex mutuo* ni *ex contractu*, mais si à cette occasion des choses lui ont été remises, et qu'il ne les ait pas dissipées en pure perte, il est enrichi *sine jure et cum detrimento alterius;* il est donc obligé à concurrence de ce dont il est enrichi, et l'action qu'on aura contre lui à cet effet sera l'*actio utilis mutui* ou *commodati*. Il en serait de même si on lui avait fait un dépôt; il ne serait pas tenu de l'action *depositi*, mais de l'*actio utilis in quantum locupletior factus est* (1). Enfin il en serait encore de même si le pupille s'était constitué gérant d'affaires (2).

Un paiement a été fait : celui qui l'a fait croyait être débiteur, mais il est dans l'erreur. Celui qui a reçu le paiement quoique de bonne foi, aura fait un gain *sine jure;* donc il y a lieu à une action à concurrence de ce dont il est enrichi, et cette action est la *condictio indebiti*.

Je donne une somme à Titius, à titre de donation; Titius la reçoit, croyant et voulant contracter un emprunt; il y a gain *sine jure*, car il n'y a ni donation ni *mutuum*, et la condiction *sine causa* pourra s'intenter pour autant que Titius demeure enrichi (3).

(1) L. 1, § 2; L. 2, L. 3, D. XIII, 6; — L. 1, § 15, D. XVI, 3.
(2) L. 3, § 4, D. III, 5.
(3) L. 18, D. XII, 1.

Une chose est léguée à Titius qui est connu pour avoir eu avec le testateur des relations particulières d'amitié. Cependant l'héritier, par erreur, remet la chose à un autre Titius qui la vend : si la chose subsiste encore dans les mains de l'acheteur, le premier Titius pourra la revendiquer, car lui seul acceptant le legs, sera et aura été propriétaire. Mais si, comme le suppose la L. 25, D. XII, 1, la chose a péri chez l'acheteur, le véritable Titius aura contre le second la condiction *sine causa*, si ce dernier a été de bonne foi, car il s'est enrichi *sine jure;* s'il a été de mauvaise foi l'action *ad exhibendum* pourra lui être intentée, comme ayant cessé de posséder *dolo* une chose qu'il savait ne point lui appartenir.

Je contracte avec un fils de famille qui n'a point de mandat et en dehors de son pécule : je n'ai contre le père ni l'action *de peculio,* ni l'action *quod jussu.* Mais si le contrat tourne au profit du père qui exerce la puissance, j'ai l'action *de in rem verso,* car il s'est enrichi *sine jure* à mon détriment.

939. Ainsi, nous venons de voir quatre actions qui sont fondées sur le principe de la L. 206 :

1° L'action *utilis* donnée contre la personne qui, quoique incapable de s'obliger en contractant, se trouve néanmoins enrichie à l'occasion du contrat; — 2° La condiction *indebiti;* — 3° La condiction *sine causa;* — 4° La condiction *de in rem verso.*

A ces actions, il faut ajouter :

5° L'action *in factum, generalis,* fondée sur la L. 206, et qui est donnée :

a. En matière de délit, contre les héritiers; car ceux-ci, en droit romain, ne sont pas tenus généralement *ex delicto defuncti,* pas même pour réparation civile, à moins qu'il n'y ait eu litiscontestation, c'est-à-dire à moins que l'obligation *ex delicto* n'ait été par la litiscontestation transformée du vivant du délinquant en action *quasi ex contractu.* Les héritiers, sauf le cas de litiscontestation, ne sont donc tenus que *in quantum locupletiores facti sunt* par le délit. Nous en avons vu un exemple dans la loi Aquilia. Il en est de même, en cas de rapine, de violence ou de dol, là où il y a lieu aux actions *quod metus* ou *doli,* à l'interdit *quod vi aut*

clam, etc., contre les auteurs; dans ces cas encore il n'y a lieu qu'à l'action *in factum* contre leurs héritiers (1).

b. L'action *in factum* de la L. 206 est encore donnée dans le cas où l'action qui est destinée à procurer une satisfaction à la partie lésée, est soumise à quelque courte prescription. Ici l'action *in factum* s'intente pendant trente ans. Cela s'applique aux actions *de dolo, quod metus causa*, aux interdits et aux actions prétoriennes en général.

c. La même action est donnée dans le cas où des personnes à qui le délit n'est pas imputable, en ont profité cependant en vertu de leur droit de puissance. Ainsi, elle se donne contre le *dominus* et le père de famille, lorsque l'esclave ou le fils de famille sous puissance, sans la participation des premiers, si indirecte qu'elle soit, ont commis un vol ou tout autre délit (2).

L'action *in factum* donnée pour le cas où le *dominus* ou le *pater familias* profite du délit, sans qu'il y soit aucunement participant, ne fût-ce que pour ne pas l'avoir empêché quand il en avait connaissance, nous rappelle par son analogie l'action *de in rem verso* où celui qui exerce la puissance, sans avoir donné aucun ordre, profite de la gestion du fils ou de l'esclave, gestion d'ailleurs entreprise en-dehors du pécule (3).

940. Il y a discussion sur la question de savoir si la règle de la L. 206, donne toujours lieu à une action, ou bien s'il y a des cas où elle ne donne lieu qu'à une exception. Évidemment si l'on trouvait dans le fait du possesseur qui par des impenses quelconques a augmenté la chose d'autrui, et dans le fait du propriétaire qui est rentré dans ses biens, les conditions requises pour l'application du principe précité, il faudrait dire que de ce principe ne naîtrait dans le cas donné qu'un droit d'exception. Mais s'il en était ainsi, il serait difficile sans doute de s'expliquer pourquoi, dans tous les autres cas, le principe aurait pour effet de produire une action, tandis qu'au cas d'impenses on serait réduit à l'exception. Toutefois si, à l'exception de la L. 33,

(1) LL. 16, 17, 20, D. IV, 2; — LL. 13, 17, 26, 29, D. IV, 3, etc.
(2) L. 4, D. XIII, 1; — L. 16, D. XLIII, 16; — L. 44 et L. 45, D. IX, 2.
(3) Voyez le n° 777.

D. XII, 6, on compare les cas où le droit romain accorde une action du chef d'un dommage essuyé d'une part et correspondant à un gain fait d'autre part, on trouve entre ces cas et celui où du chef d'impenses le droit romain n'accorde qu'une exception, une différence qui nous paraît fondamentale.

En effet, dans tous les cas où le droit romain accorde l'action fondée sur le principe de la L. 206, D. L, 17, on rencontre les deux conditions énoncées dans la règle même : le *detrimentum* et l'*injuria*, c'est-à-dire le dommage d'un côté, et le gain fait sans droit, de l'autre côté, car c'est ainsi qu'il faut entendre ici le mot *injuria*. Or, cette condition de l'*injuria*, d'un profit *sine jure*, ne se retrouve pas lorsqu'il s'agit de plantations, constructions ou impenses faites par le possesseur sur la propriété d'autrui. Lorsque le possesseur incorpore un objet à la chose d'autrui, cet objet est acquis au propriétaire, non pas *sine jure*, mais par droit d'accession; d'autre part le possesseur, en faisant l'impense, n'a pas eu l'intention d'obliger un tiers envers lui, et lorsqu'il restitue la chose, il ne paie pas un *indebitum*, il donne au propriétaire ce qui lui revient; donc il ne saurait y avoir lieu à aucune action. C'est ce que décide la L. 33, D. XII, 6, qui, en disant qu'entre le propriétaire et le possesseur il n'y a pas de *negotium contractum*, fonde sa décision sur ce qu'il n'existe aucune intention de s'obliger envers quelqu'un, ni d'obliger quelqu'un envers soi, ni enfin de se libérer d'une obligation dont on se croyait débiteur sans l'être en effet. Telle est bien, en effet, la signification de *negotium gerere* ou *contrahere;* ces mots signifient ou contracter une obligation, ou obliger quelqu'un envers soi, ou bien se libérer d'une obligation (1).

Donc, puisque rien de semblable ne se rencontre dans le fait du possesseur qui fait des impenses, ni dans celui du propriétaire qui rentre dans son fonds, puisque au contraire il est démontré que le propriétaire, en le supposant enrichi par la construction du possesseur, ne l'est pas *sine jure*, on peut contester rigoureu-

(1) Voyez les L. 18, D. XXXIX, 5; — L. 33, § 3, D. XXXIX, 6; — L. 9, D. XII, 4; — L. 32, D. XII, 1, etc.

rement l'application de la L. 206, D. L, 17, à cette espèce; et tel est sans doute le motif pour lequel le droit romain, quand il s'agit d'impenses (constructions, plantations, etc.), accorde au possesseur seulement un droit de rétention (1). Encore ce droit n'est-il admis qu'à la condition que les impenses aient été nécessaires, et n'aient pas été faites *prohibente domino* ou par un possesseur dont la possession était entachée de violence, car les impenses que fait ce dernier, quelles qu'elles soient, sont nécessairement faites *prohibente et invito domino* et par conséquent ne donnent pas lieu à la rétention (2).

(1) Nous avons prouvé, au nº 28, *de la Revendication*, en réfutant l'opinion de Cujas, que le possesseur de bonne foi n'a aucune action pour réclamer les impenses.

(2) Voyez les L. 5 et L. 7, C. VIII, 4; — L. 24, C. II, 19; — L. 37, D. VI, 1.

Sommaire.

941. Du principe sur lequel repose l'obligation de la contribution pour jet : ce principe est emprunté aux usages des Rhodiens; il est fondé sur l'équité, et non sur la règle de la L. 206, D. L, 17. — Actions qui résultent de la loi Rhodienne.

942. Conditions requises pour qu'il y ait lieu à contribution.

943. Première condition : le jet ou la perte.

944. Seconde condition : l'intention.

945. Troisième condition : le péril. — La perte doit avoir été faite dans un danger commun, et ce danger ne peut être imputable, ni au capitaine, ni à l'armateur.

946. Suite. — En cas d'insolvabilité du patron et de l'armateur, la perte du jet causée par leur faute, doit-elle se couvrir par contribution ?

947. Quatrième condition : la conservation du navire et des marchandises.

948. Les marchandises jetées, si elles ont été recouvrées, ne contribueront dans aucun cas à la réparation des pertes et dommages arrivés depuis le jet aux marchandises qui avaient été sauvées par le jet.

949. Quelles sont les personnes qui doivent contribuer à la perte? — Le créancier qui a hypothèque sur le navire doit-il contribuer?

950. Comment contribue celui dont les marchandises ont été jetées?

951. Comment contribuent l'armateur et ceux dont les marchandises ont été sauvées?

952. Comment estime-t-on les marchandises pour déterminer la valeur et des objets jetés et de ceux qui ont été sauvés?

953. La loi Rhodienne est-elle applicable par analogie à des cas semblables, par exemple à des cas d'incendie?

---

941. Le principe de la contribution pour jet, dans un danger commun, a été emprunté par le droit romain aux usages maritimes des Rhodiens. Le jurisconsulte Paul, qui à la L. 2, D. XIV, 2, vante l'équité de ce principe, l'attribue à la loi *Rhodia* (1), et

(1) Voyez la L. 1, D. XIV, 2 (*De Lege Rhodia de Jactu*).

cela seul prouve déjà que c'est à tort qu'on veut rapporter la contribution pour jet à la règle de la L. 206, D. L, 17, que nous venons d'expliquer. Cette opinion, déjà contredite par l'inscription du titre 2, D. XIV, doit être repoussée par d'autres motifs encore, par des considérations puisées dans les principes même du droit romain sur la légitime défense de la propriété et dans toute l'économie de la loi Rhodienne, telle qu'elle ressort notamment de la L. 2, D. XIV, 2 (1).

Le jet des marchandises, lorsque le péril est réel, ne constitue pas une *injuria*, pas même un *sine jure factum*, pas plus que la démolition d'une maison menacée d'incendie, dans le but d'arrêter le feu, ne constitue une *injuria*. Aussi, en cas de péril, la L. 14, D. XIX, 5, pour le jet, et la L. 7, § 4, D. XLIII, 24, pour la démolition d'une construction, refusent toute action. La première de ces lois est ainsi conçue : *Qui servandarum mercium suarum causa, alienas merces in mare projecit, nulla tenetur actione; sed si sine causa id fecisset, in factum : si dolo, de dolo tenetur.* — Cette loi, dans une parfaite analogie avec la L. 7, § 4, D. XLIII, 24, distingue donc trois cas :

a. Des marchandises sont jetées par-dessus le bord dans un péril réel, pour en sauver d'autres : dans ce cas, pas d'action.

b. Elles sont jetées *sine causa*, dans un péril imaginaire : dans ce cas une action *in factum* pourra être intentée, c'est-à-dire, d'après la L. 7, § 4, D. XLIII, 24, une action tendant à la simple estimation de la chose, comme au cas où une maison a été démolie dans un incendie mais cependant sans nécessité.

c. Si les marchandises ont été jetées méchamment, *de dolo tenebitur*. Est-ce de l'action *de dolo* que sera tenu celui qui les a jetées? Non, car cette action est subsidiaire : ici il y a évidemment lieu à l'action *de Lege Aquilia*, il y a *damnum corpore corpori datum* (2).

(1) L'opinion que nous repoussons, a été adoptée par Gluck, XIV, p. 227, et par Vanderschelling, *Diatr. de Lege Rhodia*, c. XIII. — Muhlenbruch, après l'avoir enseignée au §§ 455 et 456 de l'édition latine de son manuel, l'a abandonnée dans l'édition allemande.

(2) Voyez plus haut nos explication sur la loi *Aquilia*.

Il résulte de ces considérations que le jet fait dans un péril réel ne constitue pas une *injuria,* mais un fait posé légitimement pour la défense de la propriété, et que par conséquent il ne pouvait tomber ni sous l'application de la *Lex Aquilia,* ni sous celle de la L. 206, D. L, 17, qui requiert aussi l'*injuria* avec le *detrimentum* (1).

Si tels sont les principes du droit romain, il est évident que l'obligation de la contribution pour jet est, par son origine, étrangère à ce droit; aussi est-il assez probable que ce n'est qu'après la conquête de la Grèce et après le traité des Romains avec les Rhodiens, que les premiers s'initièrent aux usages maritimes de ce peuple qui avait succédé à la prospérité de Carthage, d'Athènes et Corinthe. D'ailleurs, si l'obligation de la contribution pour jet dérivait du principe de la L. 206, l'action en contribution aurait eu une tout autre forme que celle qu'elle a réellement; et celui dont les marchandises ont été jetées, eût directement eu l'action *in factum* contre ceux dont les marchandises ou valeurs ont été sauvées. Or, c'est ce qui n'a point lieu : d'après la L. 2 pr. et § 2, D. XIV, 2, il a l'action *locati* ou l'action *conducti,* suivant qu'il y a entreprise de transport, ou louage d'une certaine partie du bâtiment pour le transport. Il a l'une ou l'autre de ces actions contre le *magister navis* ou contre l'*exercitor* en vertu de l'*exercitoria actio,* et ce dernier a l'action *locati* contre les marchands dont les marchandises ou valeurs ont été sauvées. D'après la L. 2, il paraît même que du temps de Servius le *magister* n'avait qu'un droit de rétention pour faire contribuer les chargeurs. Mais la même loi nous apprend qu'on est allé au-delà, par le motif qu'un voyageur peut ne pas avoir de marchandises ni de bagages et cependant porter sur lui des valeurs considérables; or si l'on s'en était tenu au droit de rétention, ce voyageur aurait échappé à la contribution. C'est pourquoi le *magister navis* a, outre le droit de rétention, l'action du contrat (*conducti* ou *locati*) pour forcer tous ceux

(1) Cette démonstration est présentée avec plus de développements, dans le *Commentaire sur la loi Rhodia,* par A. De Schryver, Mémoire couronné, inséré dans les *Annales des Universités de Belgique,* tome II (Concours de 1842-1843).

dont les marchandises ou valeurs ont été sauvées, de contribuer à la perte.

Ceux qui ont souffert le sacrifice, agissent contre le capitaine par l'action du contrat; celui-ci par la même action agit contre ceux qui ont conservé leurs marchandises ou valeurs. Il peut aussi se libérer envers les premiers en leur cédant l'action qu'il a contre les derniers, car d'après la même L. 2, § 6, D. XIV, 2, le *magister navis* n'est pas responsable de la solvabilité des chargeurs qui doivent contribuer.

Le motif pour lequel les chargeurs n'ont pas d'action directe contre ceux qui ont profité du jet, est que le capitaine, en sa qualité de *conductor* du transport, est tenu de la *custodia* et que dans tous les cas, soit que lui-même ait jeté les marchandises, soit que d'autres les aient jetées, il est responsable de la perte. Pour ce qui est des autres chargeurs, ils n'ont pas contracté avec ceux dont les marchandises ont été jetées; ceux-ci ne sauraient donc avoir ni une action *ex contractu*, ni aucune autre parce que le sacrifice de la propriété d'autrui dans un danger réel et commun, n'implique pas d'*injuria*.

En droit moderne, les chargeurs et toutes les parties intéressées agissent directement les uns contre les autres.

942. La contribution pour jet suppose les conditions que voici :

1° Il faut le jet. Mais *jactus* doit être considéré ici comme synonime de *jactura;* il faut donc avec le jet une perte.

2° Il faut que cette perte ait été faite volontairement et dans l'intention de sauver et de conserver soit le bâtiment, soit une partie de la cargaison.

3° Il faut qu'il y ait eu péril.

4° Il faut que l'événement ait répondu à l'intention; il faut que le bâtiment ou partie de la cargaison ait réellement été sauvée, et que la conservation soit due au jet.

943. Examinons chacune de ces conditions.

Il ne suffit pas, pour qu'il y ait lieu à contribution, qu'il y ait eu jet; il faut que les marchandises jetées aient réellement péri; si elles avaient été recouvrées pour le tout après le jet, il n'y aurait plus lieu à contribution; si elles ne l'avaient été qu'en

partie, la contribution ne se ferait qu'à raison des marchandises définitivement perdues et des frais de sauvetage (1).

En effet, si la chose que le propriétaire jette à la mer, sans qu'il y ait danger, sans qu'il ait l'intention d'alléger le bâtiment, sont des *res nullius*, dont le premier occupant peut se rendre maître, il en est autrement de celles qui sont jetées pendant le danger; on ne saurait voir dans ce fait une abdication de propriété (2), car il est évident que le jet a eu lieu pour alléger le bâtiment; donc ces choses restent au propriétaire et ne sont pas au premier occupant : celui qui les prendrait de mauvaise foi serait voleur, et celui-là même qui de bonne foi en prendrait possession, parce qu'il les croirait perdues, ne pourrait les usucaper au titre *pro derelicto*. La L. 6, D. XLI, 7, porte : *Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse;* croire qu'une chose a été abandonnée ne suffit pas pour pouvoir usucaper; l'abandon ne doit pas se présumer facilement, et la bonne foi doit être exempte de tout doute. Il faut donc savoir qu'une chose a été abandonnée, pour qu'on puisse l'usucaper à ce titre, c'est-à-dire qu'il faut abandon réel. Mais ce fait de l'abandon ne doit pas être posé par le propriétaire, il suffit qu'il le soit par un possesseur quelconque (3).

S'il faut que les marchandises aient réellement été perdues sans retour, pour qu'il y ait lieu à contribution, d'un autre côté non seulement le jet fait par la crainte du naufrage, donne lieu à la contribution, mais la loi Rhodienne a été étendue à tout autre sacrifice fait en vue de la conservation commune, par exemple à la rançon payée à des pirates, au dommage qui, à l'occasion du jet, a été causé à des marchandises non jetées, au dommage arrivé à des marchandises déchargées dans une chaloupe pour faciliter l'entrée au port, etc. (4).

944. Pour que la perte donne lieu à contribution, il faut qu'elle ait été faite volontairement, c'est-à-dire dans le but de la

(1) L. 2, § 7, D. XIV, 2.
(2) L. 8, D. XIV, 2, et L. 43, § 11, D. XLVII, 2.
(3) L. 43, § 5, D. XLVII, 2.
(4) L. 4, §§ 1 et ult., D. XIV, 2.

conservation du bâtiment ou de la cargaison. Pour cette raison, les dommages qu'éprouve le navire même doivent, en règle générale, être supportés par l'armateur, et ne donnent pas lieu à la réparation par contribution. Ces dommages, loin de constituer un sacrifice volontaire, sont au nombre des accidents ordinaires de la navigation. Si donc le vaisseau est endommagé par le vent, par la mer, ou dans un combat avec des pirates, etc., il n'y a pas lieu à contribution (1). On paie la *merces*, le fret, non seulement à raison des dépenses que l'armateur fait pour l'équipement, mais aussi en considération du risque des détériorations et pertes éventuelles. C'est là le sens des mots : *Quia dissimilis earum rerum causa sit, quae navis gratia parentur, et earum, pro quibus mercedem aliquis acciperit.* Le fret est payé, non pour les dépenses seulement, mais aussi en considération des risques que court le navire.

La contribution ne saurait donc avoir lieu pour les pertes involontaires, qui sont parmi les risques prévus de la navigation; l'armateur doit les supporter. Il en est de même des déprédations commises par les corsaires; les chargeurs dont les marchandises auraient été enlevées, n'auraient aucun droit à demander la contribution contre les autres chargeurs; ils n'auraient ce droit que si les marchandises avaient été abandonnées volontairement pour sauver le reste, par forme de rançon.

Pareillement, si un dégât avait été fait au vaisseau dans le dessein de sauver tout le chargement, il y aurait lieu à contribution pour réparer cette perte (2). Par conséquent, si pendant une tempête ou un combat, il est nécessaire de couper les mats, les câbles des ancres, ou d'endommager autrement le navire, pour faciliter la manœuvre, il y a lieu à contribution; et il en serait de même, si pour faciliter le jet, pour hâter l'allégement, on avait dû couper le mat, les antennes, déchirer les voiles, briser ou ouvrir quelque partie du navire (saborder). Il en serait encore de même si poursuivi par des corsaires, le capitaine, pour sauver au moins les marchandises, avait fait échouer le vaisseau sur la côte.

(1) L. 2, § 1, D. XIV, 2.
(2) L. 5, § 1, D. XIV, 2.

945. Le droit romain n'établit pas de règles pour déterminer comment on reconnait s'il y a eu danger. Mais il est naturel que ce soit d'après la majorité des marchands à bord, que se décide la question, qui pourtant en dernier ressort est soumise à l'arbitrage du juge (1).

S'il était reconnu qu'il n'y a pas eu de danger réel, et qu'on a cédé à une crainte non fondée, il y aurait lieu contre celui qui a fait le jet, à l'action *in factum*, c'est-à-dire à une action en obtention de la simple estimation. Si le jet a été fait méchamment, il y aurait lieu à l'action *ex Lege Aquilia*. De plus, les marchands dont les marchandises ont été jetées, auraient l'action *in factum de recepto* contre le *magister navis*, qui en vertu de l'édit du préteur est censé avoir promis que leurs objets resteraient saufs, et qui répond du fait et de la faute des voyageurs comme de celle des nautonniers. Remarquez qu'en vertu de l'action *excercitoria* ces actions réfléchissent contre l'armateur lui-même (*exercitor*).

Enfin, si le danger, quoique réel, a été amené par la faute du capitaine, si par exemple le navire a été surchargé ou insuffisamment équipé; si le patron manquant d'habileté ne s'est pas préservé contre les accidents ordinaires, le patron et par suite l'armateur seront seuls responsables du jet qui aura été nécessité non par force majeure, mais par une *culpa* (2).

946. En cas d'insolvabilité du patron ou de l'armateur, la perte du jet causé par la faute du patron, se couvre-t-elle par contribution?

Le droit romain ne décide pas cette question. Il est vrai qu'étendre la contribution à ce cas, ce serait non seulement obliger les chargeurs de contribuer aux gros risques de mer, mais aussi de contribuer aux pertes qui sont occasionnées par leur propre faute. Mais comme cette faute leur est commune à tous, l'équité ne s'oppose pas à la contribution même du jet causé par la faute du patron (3). Cette opinion est consacrée par la jurisprudence (4).

947. Il faut que par le sacrifice de certaines choses, les autres

(1) Comparez les art. 410-416 du Code de commerce.
(2) L. 13, § 2, D. XIX, 2.
(3) Glück, *Pand.* XIV, p. 207.
(4) Comparez De Schryver, *Mém. cour.*, page 63.

aient été conservées; il doit y avoir de plus entre le sacrifice et la conservation, un rapport de causalité. Si donc, malgré le jet, il y avait eu naufrage, soit dans le danger même qui a occasionné le jet, soit dans un péril subséquent, comme rien n'aurait été sauvé, il n'y aurait pas lieu à contribution (1). Si malgré la composition avec des pirates, ceux-ci s'étaient emparés du bâtiment, les propriétaires des choses données par composition ne pourraient pas forcer les autres à prendre part au sacrifice.

Mais s'il faut que des marchandises aient été sauvées pour qu'il y ait lieu à contribution, cette condition seule cependant ne suffit pas; il faut qu'elles l'aient été par suite du jet. Donc, si après le jet il y avait eu naufrage dans le même péril et que quelques marchandises eussent été recouvrées, il n'y aurait pas lieu à contribution, car si elles ont été recouvrées ce n'est pas par le jet, mais par le dévouement des matelots ou l'industrie des plongeurs. Il n'y a pas lieu non plus à contribution si les marchandises jetées ont été recouvrées, parce qu'il n'y a point de perte (2).

Toutefois, si le péril dans lequel il y a eu jet, est entièrement passé, et que le navire continuant sa route ait été exposé à un nouveau danger suivi de naufrage, la contribution aura lieu à raison des marchandises sauvées de ce second naufrage, n'importe comment; car, dit la L. 4, § 1, D. XIV, 1, si les marchandises n'avaient pas été sauvées du premier péril par le jet, elles n'auraient pas pu être recouvrées après le naufrage; c'est donc par le jet qu'elles ont été sauvées.

Si pour alléger un navire qui n'aurait pu entrer chargé dans un port, on avait déchargé partie des marchandises dans une barque, que cependant le navire eût fait naufrage et que la barque fût sauvée, les propriétaires de ces marchandises ne devraient nullement contribuer à la perte du bâtiment et des marchandises, car le déchargement se serait fait non pas dans le but de sauver les marchandises déchargées, mais au contraire pour sauver le navire et les marchandises qu'il portait (3).

(1) Art. 423 du Code de comm.
(2) L. 4, § 1, D. XIV, 2.
(3) L. 4, pr. D. XIV, 2.

Il en serait autrement, si un navire ayant pris fond, l'on avait chargé dans une barque des marchandises pour les sauver, celles qui restaient étant destinées à périr; dans ce cas, les propriétaires des marchandises déchargées devraient contribuer (1).

948. La contribution est donc due au cas où, après un premier péril surmonté par le jet, un naufrage a eu lieu par suite duquel des marchandises ont été sauvées. C'est là la première hypothèse du § 1 de la L. 4 : *Sed si navis, quae in tempestate jactu mercium unius mercatoris levata est, in alio loco submersa est, et aliquorum mercatorum merces per urinatores extractae sunt data mercede, rationem haberi debere ejus, cujus merces in navigatione levandae navis causa jactae sunt, ab his, qui postea sua per urinatores servaverunt, Sabinus aeque respondit.* Le jurisconsulte suppose d'abord un premier danger surmonté par le jet; puis un nouveau péril et un naufrage après lequel quelques objets naufragés sont récupérés; mais il suppose en outre que les marchandises jetées lors du premier péril, ont aussi été recouvrées, recouvrement qui affranchit les marchands de la contribution envers celui dont les marchandises ont été jetées, car le jet n'a pas été une perte. Puis il se demande s'il doit être fait raison de la perte aux marchands qui ont fait naufrage et sauvé quelques-unes de leurs marchandises, par celui dont les marchandises jetées ont été recouvrées. — La réponse est : Il n'y a pas lieu à ce qu'il leur soit fait raison de ce qu'ils ont perdu, par celui dont les marchandises ont été jetées et recouvrées au premier péril; car, dit le jurisconsulte, les marchandises naufragées de ces mêmes propriétaires ne peuvent être censées avoir été jetées pour sauver un vaisseau qui a péri (2). Ainsi deux hypothèses se trouvent examinées dans le § 1 de la L. 4 :

1° Un vaisseau a été sauvé d'un premier danger par le jet; puis ayant continué sa route, il fait naufrage; plusieurs objets naufragés sont repris par les plongeurs; les marchands qui ont fait ce recouvrement sont obligés à la contribution envers le proprié-

(1) L. 4, pr. D. XIV, 2.
(2) Art. 425 du Code de comm.

taire des marchandises jetées et non recouvrées, car le jet est la cause première du sauvetage (1).

2° Si on suppose que les marchandises jetées volontairement aient aussi été recouvrées, ni les mêmes chargeurs, ni aucun de ceux qui ont essuyé le naufrage, ne pourront forcer celui dont les marchandises ont été jetées et recouvrées, à prendre part à la perte; car ayant fait leur perte dans le naufrage, ils ne peuvent pas être censés l'avoir faite pour sauver le vaisseau.

949. Tous ceux qui ont profité du jet, les marchands, l'armateur pour le vaisseau, et celui même dont les marchandises ont été jetées, doivent prendre part à la perte (2).

On s'est demandé si le créancier qui a hypothèque sur le vaisseau, y contribuera aussi à raison de son hypothèque. Malgré l'intérêt qu'a le créancier à la conservation de l'hypothèque, cette question doit se résoudre négativement; même si la stipulation portait que le créancier perdrait sa créance en cas de perte de la chose soumise à l'hypothèque, ce serait toujours le débiteur seul qui serait exposé à perdre sa propriété, c'est-à-dire à perdre la chose, et ce n'est qu'à raison des choses chargées sur le bâtiment et conservées, que se fait la contribution, et non à raison de créances ou de droits incorporels dont l'existence dépendrait de la conservation des choses chargées comme d'une condition. S'il en était autrement, on arriverait à ce résultat que le débiteur devrait contribuer à raison de la chose, et le créancier en raison de sa créance.

950. Celui dont les marchandises ont été jetées, doit contribuer, car le jet lui assure l'estimation des choses jetées, qui sans le jet auraient été perdues sans retour. Donc, en supposant que les marchandises jetées ont valu au moment du chargement 10,000 fr., et que ces 10,000 fr. forment le dixième des valeurs chargées, les propriétaires de ces marchandises seront indemnisés en recevant 9,000 fr. et en concourant au jet pour un dixième.

Aucune disposition du Titre 2, D. XIV, *de Jactu*, ne déclare formellement, il est vrai, que le négociant dont les marchandises

(1) Art. 429 du Code de comm.
(2) L. 2, § 2, D. XIV, 2.

sont jetées, doit souffrir la déduction de sa quote-part dans la perte; mais la L. 2, § 2, porte en termes généraux : *Placuit omnes quorum interfuisset jacturam fieri, conferre oportere.* Puis la L. 4, § 2, dit qu'il fait une contribution équitable; c'est pourquoi Matthæus (1), qui, avec Cujas, s'éloigne ici de l'opinion commune des docteurs, ne saurait argumenter des LL. 5 et 6, D. XX, 4, pour en conclure que les propriétaires des choses jetées devraient avoir une espèce de privilége sur les propriétaires des marchandises sauvées, parce que, par le jet des marchandises des uns, celles des autres ont été conservées. Voet (2) a fort bien répondu à cet argument que le cas des lois citées est bien différent du nôtre. Que le créancier qui, après avoir stipulé hypothèque, a fait un prêt destiné à tourner à la conservation d'une chose déjà hypothéquée, soit préféré à l'autre créancier hypothécaire, c'est ce qui se conçoit, parce qu'au moment où son hypothèque a été stipulée, lui, second créancier, n'était exposé à aucun risque, le premier créancier seul risquait de perdre sa garantie par la perte de la chose. En cas de jet, au contraire, le danger existait pour celui dont les marchandises ont été jétées et pour celui dont les marchandises ont été conservées; donc le motif de préférence disparaît tout à fait, et il est évident que les jurisconsultes qui se sont écartés ici de l'opinion commune, ont été séduits par une analogie trompeuse.

951. L'armateur contribuera à la perte à raison de son navire. Les propriétaires des marchandises sauvées y contribueront à raison de toutes les choses sauvées, peu importe leur qualité, leur prix, le rapport entre le prix et le volume ou la pesanteur (3). Les victuailles sont exceptées de la contribution, car en cas de nécessité elles doivent être mises en commun. L'usage exempte aussi de la contribution les habillements journaliers des voyageurs, mais non ceux renfermés dans des coffres.

952. Toutes les marchandises doivent être estimées, tant celles qui ont été jetées que celles qui ont été conservées, pourvu que celles-ci soient arrivées à leur destination; car ce qui périrait en

(1) *Disputatio de lege Rhodiâ* (th. 16).
(2) VOET, *Ad Pand.* XIV, 2, n° 12.
(3) L. 2, § 2, D. XIV, 2.

mer, ne saurait jamais entrer dans l'estimation (1). Les marchandises jetées s'estiment d'après leur valeur au moment de l'embarquement. Les marchandises sauvées sont estimées selon leur valeur au lieu de destination. Cette distinction du droit romain entre les marchandises jetées et celles qui ont été sauvées, est juste quand il s'agit de marchandises de la même espèce, ou de marchandises à l'égard desquelles il y a pour tous les marchands même chance de bénéfice et de perte; car alors elle fait participer les propriétaires des marchandises jetées au bénéfice ou à la perte des autres : ainsi il y a entre tous une véritable communauté de perte et de gain (2). Mais, quoiqu'en dise Voet (3), il est difficile de justifier cette différence lorsque les marchandises jetées et celles qui ont été conservées sont de nature différente, et qu'à l'égard des unes il pourrait y avoir peu de bénéfice ou de perte, pour les autres bénéfice considérable. C'est pour ce motif que la jurisprudence s'est écartée du droit romain (4), et que l'art. 417 du Code de commerce dispose que les marchandises jetées s'estiment également suivant leur prix au lieu de la destination.

Les marchandises détériorées par une cause fortuite mais étrangère au jet, sont seulement estimées d'après leur valeur présente, eu égard à la déterioration. Ainsi le décide le jurisconsulte Callistratus, à la L. 4, § 2, D. XIV, 2. Mais il ajoute : si elles ont été détériorées par le jet ou à l'occasion du jet, si par conséquent la détérioration a pris le caractère d'un sacrifice commun, sujet à réparation, il doit aussi en être tenu compte, et il faut voir si la détérioration des marchandises dépasse ou n'atteint pas le montant de la contribution. D'après cela, si la contribution est plus grande que le dommage, si, par exemple, les marchandises valent 20, qu'elles aient subi une détérioration de 2, et que la contribution soit de 10, le propriétaire de ces marchandises ne paiera que 8. Si au contraire le dommage est plus grand que la contribution qui est de 2, si le dommage est de 10, il est évident

(1) L. 2 et 5, D. XIV, 2.
(2) L. 2, § 4, D. XIV, 2.
(3) Voet, *Ad Pand.* XIV, 2, n° 15.
(4) Cocceius, *Juris civilis controv.*, quest. 5.

que le propriétaire des marchandises ne doit pas supporter et le dommage et la contribution : donc il ne doit rien à celui dont les marchandises sont jetées; il y a plus, comme la détérioration résulte du jet, les autres marchands doivent contribuer à la réparation de cette perte.

La contribution est-elle due, si les marchandises jetées ont été chargées en route? — Oui, pourvu que le patron n'ait pas surchargé le vaisseau, car charger des marchandises en route, est le droit du patron, s'il ne se détourne pas de sa destination.

953. La loi Rhodienne est-elle susceptible d'application analogique; par exemple, en cas d'incendie, celui dont la propriété a été démolie pour couper le feu, a-t-il une action contre les voisins dont les propriétés sont sauvées?

Nous avons vu plus haut, d'après les L. 14, D. XIX, 5, et L. 7, D. XLIII, 24, quelles conséquences le sacrifice de la propriété d'autrui entraîne, suivant qu'il y a péril réel, ou seulement crainte imaginaire, ou suivant que le danger n'a été qu'un prétexte pour nuire méchamment. Dans le premier cas, le fait n'est ni *injuria* ni *damnum* (L. 7, § 4), car la maison eût péri également, *aeque peritura*. Au second cas, il y a lieu à une action *in factum* tendant à la simple estimation de la chose sacrifiée. Au troisième cas, il y a lieu à l'action *ex Lege Aquilia*. — Donc, en droit romain, aucune disposition n'établit l'obligation de contribuer pour incendie. Mais comme la L. 14, D. XIX, 5, donne aussi une action au propriétaire des marchandises jetées dans un danger maritime, on peut néanmoins se demander si la parité des faits, l'analogie ne justifie pas l'extension de la contribution de la loi Rhodienne au cas d'incendie?

Cette question est résolue diversement par les interprètes (1). Je pense que la solution est susceptible d'une distinction. Entre le danger commun auquel des marchands sont exposés sur mer et celui qui peut résulter d'un incendie, il y a une différence qui s'oppose généralement à l'application d'une seule et même disposition de la loi. Sur mer, il y a communauté absolue de danger,

(1) Comp. VINNIUS *ad Peckii Comm. de re nautica, in* L. 1, D. XIV, 2; — SANDE, *Decisiones* 6, L. 5, Tit. VII, def. 3; — GAYL., *Observ.*, L. 2, nº 22; — DE SCHRYVER, *Mém.* déjà cité, p. 71.

le salut et la perte sont communs; donc un sacrifice étant fait pour le détourner, il y a justice absolue que chacun en prenne sa part. Mais en cas d'incendie, cette communauté, cette égalité absolue de péril, n'existe pas, au moins dans la plupart des cas, car il est impossible de déterminer jusqu'où le feu s'étendra, et par là même de déterminer exactement qui doit contribuer. En l'absence de tout réglement municipal, il parait plus juste de ne pas confondre ce que le droit romain n'a pas confondu, et de dire avec lui : ou bien le danger était réel, et alors on n'a pu même faire un dommage à ce propriétaire; ou il ne l'était pas, et alors le démolisseur est responsable de son fait suivant les distinctions données plus haut. Tel est le principe qui domine toute cette matière.

Cependant nous ne disons pas qu'il ne puisse se présenter aucun cas où le danger qui menace certaines habitations, ne soit commun, tout à fait égal pour tous; et dès lors, comme la loi Rhodienne est avant tout une loi d'équité, il faut en admettre l'application à de tels cas; par exemple, plusieurs habitations contigues sont situées dans un lieu isolé, dépourvu d'eau et de tout secours; l'une d'elles brûle et le danger est reconnu égal pour tous : dès lors, s'il y a sacrifice volontaire et conservation, il y a lieu à contribution.

Voici un autre exemple qui est rapporté par Sell (1) et qui est digne de notre attention. Pendant les guerres de l'Empire, un général français ordonne de mettre à feu tout un village appartenant à l'ennemi. L'officier chargé d'exécuter cet ordre, veut ménager les habitants et leur fait comprendre qu'il ne peut se compromettre jusqu'à n'exécuter l'ordre d'aucune manière; sa responsabilité, dit-il, sera suffisamment à couvert si une seule maison au choix des habitants est livrée aux flammes. Une maison est donc incendiée d'un commun consentement, et la colonne ennemie s'éloigne poursuivant sa marche. Ce fait, tout à fait particulier dans son espèce, renferme, selon nous, une analogie complète avec le jet maritime : il y a même danger pour tous les habitants du village, et dès lors le cas semble devoir rentrer sous l'application de la loi Rhodienne.

(1) *Versuche im gebiete des Civil-Rechts*, page 100.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL, ET DES OBLIGATIONS ÉTEINTES *IPSO JURE* OU INFIRMÉES PAR UNE EXCEPTION.

Sommaire.

954. De la nécessité de rechercher ce qu'il faut entendre par : extinction *ipso jure*.

955. Signification des mots *ipso jure : a.* quand il s'agit de l'acquisition de droits;

956. *b.* Quand il s'agit de la nullité ou de l'extinction de droits.

957. Des causes qui infirment une obligation, ou des exceptions, et de celles qui la rendent nulle ou l'éteignent de plein droit, d'après Mühlenbruch. — Dans les *judicia stricti juris* l'exception, pour valoir, devait être proposée devant le magistrat, et insérée dans la formule; dans les *judicia bonae fidei* au contraire, elle pouvait être opposée en tout état de cause. — En quoi se résument les différences, relatives à la procédure, qui ont existé entre les causes de nullités ou d'extinction *ipso jure*, et les causes d'exception.

958. Caractères essentiels des causes de nullité et d'extinction *ipso jure*, et de celles qui opèrent *per exceptionem*. — Terminologie des jurisconsultes romains.

959. Différences fondamentales qui en résultent.

960. Est-il vrai que le pacte éteigne *ipso jure* une obligation qui n'est que naturelle?

961. De ce qu'en droit moderne les pactes ont le même effet obligatoire que les contrats, peut-on conclure que la remise y est un mode d'extinction de l'obligation? Peut-on dire qu'elle opère comme le paiement, ou comme l'*acceptilatio* en droit romain? — Contradiction dans laquelle sont tombés les auteurs qui admettent cette assimilation.

954. Il y a deux modes généraux d'extinction des obligations: l'extinction *ipso jure* et l'extinction *ope exceptionis*.

Ce n'est pas uniquement par rapport à l'ancienne procédure formulaire qu'il importe de distinguer ces deux modes d'extinction, et c'est à tort que plusieurs jurisconsultes ont prétendu que depuis l'abolition de cette procédure, il est devenu oiseux de faire cette distinction. Il y a entre ces deux modes d'extinction des différences autres que celles qui ont pu provenir de la procédure formulaire, car quelques-unes proviennent de la diversité même des causes qui éteignent une obligation. Mais avant tout il importe de rechercher ce qu'on entend par extinction *ipso jure*, et par extinction qni a lieu *ope exceptionis*.

955. Les mots *ipso jure* sont susceptibles de différentes significations, aussi bien quand il s'agit de l'acquisition de droits, que de leur extinction.

S'agit-il d'acquérir des droits, ces mots, dans leur signification générale, se rapportent :

1° Au droit par excellence, au *jus civile* par opposition au droit Prétorien (1). Ainsi, lorsque l'*hereditas* est acquise selon le droit civil, elle est dite acquise *ipso jure*, par opposition à la *bonorum possessio* qui s'acquiert en vertu du droit Prétorien.

2° Dans un sens plus étroit, les mots *ipso jure* signifient l'acquisition qui se fait, dans certaines circonstances, sans le concours du fait de la personne même qui acquiert le droit. Ainsi, le légataire acquiert le droit dès avant son acceptation, en ce sens que le legs est transmissible, *dies legati cedit ipso jure*, indépendamment de toute acceptation, dès la mort du testateur; le legs est acquis *ignoranti et non invito legatario*. Comme la volonté manifeste du légataire n'est pas requise pour les effets attachés au *dies cedens* quant à la transmissibilité du legs, il s'ensuit que la clause *si legatarius voluerit* ajoute quelque chose de non-essentiel et de renfermé déjà dans la nature juridique du legs; que par conséquent cette clause a la nature et les effets d'une condition, car le caractère distinctif de la condition est de faire dépendre l'acte de quelque chose de non-essentiel à l'acte même. Par ce motif, la L. 69, D. XXXV, 1, déclare qu'un tel legs n'est transmissible qu'après

(1) L. 1, § 9, D. XLIII, 18; — L. 9, § 1, D. VII, 9.

que le légataire l'a accepté; tandis que la clause : *nisi legatarius noluerit*, ne formerait pas condition, attendu qu'il est essentiel au legs de n'être pas acquis lorsque le légataire manifeste une volonté contraire.

2° Les mots *ipso jure* sont employés dans une signification encore plus étroite, quand il s'agit d'une acquisition de succession qui a lieu dans la personne de certains héritiers (1). Ainsi, l'enfant sous puissance, le *suus heres* est héritier *ipso jure*, non seulement en ce sens qu'il est héritier indépendamment de l'acceptation, mais qu'il l'est même malgré sa renonciation : *sive velit, sive nolit*. A la L. 11, D. XXVIII, 2, Paul dit : *In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse.... Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur : sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur*. Comme la volonté n'est pas requise pour que le *suus heres* soit héritier, il s'ensuit que la clause *si voluerit* qui accompagnerait l'institution d'un tel *heres*, serait accessoire et rendrait la disposition conditionnelle; l'hérédité, dans ce cas, ne serait donc acquise que par l'acceptation, et, par l'effet de cette clause, l'héritier, de *suus* qu'il était, serait devenu un *voluntarius* ou *extraneus heres*. Mais la clause *nisi noluerit*, qui accompagnerait cette institution, ne rendrait pas l'acquisition conditionnelle, et quoiqu'elle eût pour effet de laisser au *suus heres* la faculté de répudier la succession, elle n'en ferait pas un *extraneus heres*; car indépendamment de l'acceptation, il transmettrait l'*hereditas* à ses héritiers (2).

956. Quand il s'agit de la perte ou de l'extinction des droits, les mots *ipso jure* sont également employés dans différents sens, tout-à-fait analogues à ceux que nous venons de déterminer.

1° Les mots *ipso jure nullum est* veulent dire, dans leur signification générale, qu'il existe une circonstance qui déjà en vertu de la loi, c'est-à-dire du droit existant (le droit est ici opposé à l'équité), empêche la naissance d'un droit, ou l'anéantit dans son

(1) L. 14, D. XXXVIII, 16.

(2) Comp. L. 14, L. 2, D. XXVIII, 7; — L. 69, D. XXVIII, 5. — Gaius, *Comm.* II, 159-163.

existence; c'est ce qui arrivera, par exemple, s'il y a erreur sur quelque chose de substantiel, s'il n'y a qu'un consentement apparent, si l'une des personnes est incapable, si la chose ne peut être l'objet de la convention, si une formalité essentielle a été négligée (1). Cependant, ici encore les mots *ipso jure* peuvent présenter dans leur signification des nuances qu'il importe de distinguer : *a*) tantôt ils s'appliquent seulement au droit civil, par opposition aux remèdes ordinaires qui sont introduits par le droit Prétorien; en ce sens la convention vitiée d'un dol est dite valable *ipso jure,* mais le dol la rend rescindable; *b*) tantôt les mots *ipso jure* sont employés par opposition à la restitution en entier. Quand nous lisons à la L. 3, § 3, D. XVII, 2, que le dol rend nul le contrat de société *ipso jure,* cela veut dire qu'au cas de dol on peut toujours intenter l'action *pro socio* sans qu'il soit besoin de recourir à la restitution en entier. Cette loi n'établit donc pas pour la société une exception à la règle que le dol n'annule pas la convention *ipso jure;* car ce qu'elle dit de la société, s'applique à tous les contrats de bonne foi, et n'est qu'une conséquence de ce que la clause *dolum malum abesse et abfuturum,* est sous-entendue dans les contrats (2).

2° Les mots *ipso jure* signifient aussi que telle condition arrivant ou n'arrivant pas, le droit s'anéantit de lui-même, indépendamment de toute convention à cet effet. *Ipso jure* est dans ce cas synonyme de *tacito jure.* Ainsi, indépendamment de toute clause à cet effet, la stipulation de dot s'évanouit d'elle-même, *ipso jure* dit la L. 4, § 2, D. II, 14, si le mariage n'a pas lieu.

3° Mais les mots *ipso jure* s'emploient le plus fréquemment en matière d'obligations, pour indiquer que le droit n'existe pas ou a cessé d'exister en vertu du droit civil, par opposition aux mots *per exceptionem,* qui indiquent que le droit, quoique subsistant eu égard au droit civil, est dépouillé de son efficacité en vertu de l'équité (3).

Avant d'approfondir cette signification nouvelle des mots *ipso*

(1) L. 3, § 10, D. XXIV, 1; — L. 16, § 1, D. IV, 4.
(2) Voyez plus haut les nos 111 et 112.
(3) L. 3, § 1, D. XIII, 5.

jure, et d'en déduire les différences fondamentales qui distinguent l'extinction *ipso jure* de celle qui a lieu *per exceptionem*, nous exposerons les différences que nous pouvons appeler transitoires, parce qu'elles ne se rattachent qu'à l'ancien ordre de procédure avec la disparition duquel elles ont cessé d'exister, différences qui n'en sont pas moins importantes en théorie, à cause du rapport intime qu'elles ont avec celles qui ont survécu à la procédure formulaire.

957. Une obligation est dépouillée de son effet par une exception, lorsque valide selon le droit strict, elle est infirmée par le préteur en vertu de l'équité, par exemple : le contrat est entaché de dol, de violence, ou bien *ex post facto* le créancier a promis au débiteur de ne pas en exiger l'exécution, ou sa prétention lui a été abjugée, ou bien le serment libératoire a été prêté par le débiteur, ou bien encore le débiteur est devenu lui-même créancier du demandeur et sa créance est liquide et compensable. De là sont nées les exceptions *doli, quod metus causa, pacti conventi, rei judicatae, jurisjurandi, compensationis.*

Une obligation est nulle ou éteinte de plein droit, soit que l'obligation n'ait pu se former dès le principe faute de consentement, de capacité, ou de solennité dans la forme, lorsqu'une forme spéciale était requise; soit qu'ayant subsisté, elle ait été éteinte par l'*acceptilatio*, la *solutio*, la *novatio*, la *confusio*, le *mutuus dissensus* (dans les contrats consensuels).

Quelquefois on a douté si la libération du débiteur s'opérait de plein droit ou seulement *per exceptionem*. Au rapport de Gaius (IV, 116-119), ce doute existait pour le cas où le débiteur, du consentement du créancier, payait autre chose que ce qui avait été dû. Gaius se prononça pourtant avec raison pour la libération *ipso jure*. Quelques autres faits amenaient tantôt une extinction *ipso jure*, tantôt une libération *per exceptionem* : tels étaient la litiscontestation et le jugement; car, lorsque l'action était fondée sur l'ancien droit civil (*judicium legitimum*), lorsqu'elle était personnelle et que la *formula* était *in jus concepta*, la litiscontestation éteignait de plein droit l'obligation primitive, comme le jugement éteignait encore une fois de plein droit l'obligation résultant de la litiscontestation. Dans tous les autres cas, la litis-

contestation et le jugement n'éteignaient l'action ou l'obligation que par forme d'exception (1). A cela il faut ajouter que dans les actions *stricti juris*, les exceptions n'opéraient que pour autant que le Préteur les avait insérées dans la formule; si elles n'avaient pas été insérées, le juge ne pouvait y avoir égard. Mais le Préteur est venu cependant en aide au débiteur par la restitution en entier, que le débiteur pouvait invoquer contre ce qui s'était passé *in judicio* et *in jure* jusqu'au paiement. Il y a plus : jusqu'au rescrit de Marc-Aurèle la compensation ne put être opposée dans les *judicia stricti juris*; mais, d'après le § 30, Inst. IV, 6, Marc-Aurèle introduisit la compensation dans ces *judicia*, sur le fondement qu'il y avait dol à demander ce que l'équité ou le droit civil même obligeait le demandeur à restituer au défendeur pour une autre cause (2). Il en était autrement dans les *judicia bonae fidei;* là l'exception était toujours censée implicitement renfermée dans la formule, *exceptiones bonae fidei judiciis insunt.*

Eu égard à la procédure *per formulas*, il y avait donc dans l'ancien droit une différence remarquable entre les causes qui opéraient *ipso jure* et celles qui opéraient *per exceptionem*. Les nullités *ipso jure* pouvaient être invoquées toujours, en tout état de cause, devant le juge comme devant le magistrat, et cela sans distinguer les *judicia bonae fidei* des *judicia stricti juris;* les exceptions ne pouvaient être invoquées en tout état de cause que lorsque le *judicium* était *bonae fidei;* dans les *judicia stricti juris* les exceptions, pour opérer, devaient être insérées dans la formule.

Il est évident que cette différence a dû disparaître avec l'abolition de l'ancien ordre de procédure, où l'instance *in jure* et celle qui est *in judicio* ont été confondues. Mais de là nous ne devons pas conclure que toute différence ait disparu, ainsi que le professent Mühlenbruch et Thibaut. D'autre part, c'est aussi une erreur que de penser, avec quelques auteurs, que les causes qui opèrent *ipso jure* doivent éteindre jusqu'à l'obligation naturelle, tandis que les exceptions peuvent laisser subsister le fondement naturel de

(1) GAIUS, *Comm* IV, 180, 181, 106.
(2) L. 8, D. XLIV, 4.

l'obligation. Éteindre toute l'obligation de manière à ne pas laisser subsister une obligation naturelle, et éteindre une obligation *ipso jure* sont des choses tout-à-fait distinctes. En effet, une cause peut annuler l'obligation *ipso jure* et cependant laisser subsister une obligation naturelle. Pour savoir si une cause éteint entièrement l'obligation, il faut voir si cette cause est fondée à la fois sur le droit civil et sur l'équité, le *jus gentium :* si elle n'est fondée que sur le droit civil, elle laisse subsister l'obligation naturelle; si elle est fondée sur le droit civil et le droit naturel tout à la fois, elle détruit l'obligation d'une manière absolue. L'unité de personnes, par exemple, résultant de la puissance paternelle, est une cause qui empêche l'obligation de se former entre le père et le fils; cette cause est étrangère au droit des gens où l'unité de personne n'est pas admissible; elle suffit donc bien pour rendre nulle *ipso jure* l'obligation contractée entre le père et le fils, mais elle n'empêche nullement l'obligation naturelle de s'établir entre eux. Il en serait de même de l'obligation de l'esclave et du maître. Quant aux causes qui opèrent *per exceptionem,* si elles peuvent laisser subsister une obligation naturelle, ce n'est pas parce qu'elles opèrent *per exceptionem;* le motif est ailleurs : il faut voir si l'exception est de telle nature qu'elle n'atteigne que le fondement civil de l'obligation, ou si elle atteint à la fois le fondement civil et le fondement naturel; en d'autres termes, si elle est établie *in odium creditoris* seulement, ou *in favorem debitoris, propter aequitatem.* Au premier cas, elle laisse subsister l'obligation naturelle; telle est l'exception du sénatusconsulte Macédonien; au second cas, elle détruit jusqu'à l'obligation naturelle, et donne lieu, si elle a été omise par erreur, à la répétition *condictione indebiti :* telles sont les exceptions *pacti conventi, temporis,* etc. (1).

958. Lorsqu'on examine bien la différence fondamentale qu'il y a entre la cause qui annule l'obligation dès le principe ou qui l'éteint *ipso jure,* d'une part, et l'exception d'autre part, on trouvera que toute cause de nullité ou d'extinction *ipso jure,* ne fait qu'annuler ou éteindre un droit dans la personne du créancier, sans

(1) Voir plus haut les nos 33 à 37. — L. 66, D. L, 17.

créer aucun droit dans la personne du débiteur; tandis que les causes qui opèrent *per exceptionem*, sans annuler, sans éteindre le droit du créancier, ne font que créer un droit dans la personne du débiteur, et établir une collision entre deux droits distincts qui se croisent et se neutralisent.

Telle est, croyons-nous, la notion fondamentale dont il faut partir pour saisir les différences que l'abolition même des formules a laissé subsister entre les nullités proprement dites et les exceptions. Cette notion est d'ailleurs tout-à-fait conforme à la terminologie des jurisconsultes romains; car, s'agit-il de nullité ou d'extinction *ipso jure*, nous rencontrons les mots *ipso jure non valet* ou *nullius est momenti, ipso jure perimitur* ou *tollitur;* ou bien, si les mots se rapportent au débiteur, *ipso jure non debet* ou *non tenetur* ou *liberatur* (1). S'agit-il d'exceptions, la terminologie même fait voir que le droit du créancier rencontre le droit du débiteur, et est écarté par lui (2). Quant au mot *exceptio* lui-même, sa signification primitive confirme ce que nous venons de dire; il indique que la condamnation fondée sur le droit du créancier demandeur devrait être prononcée, EXCEPTÉ toutefois le cas où tel droit du défendeur, résultant soit du pacte soit du dol, serait trouvé fondé : *Nisi quid dolo admissum sit, nisi convenit ne ea pecunia peteretur*. Cela explique aussi pourquoi l'*usucapio* même, qui éteint le droit *ipso jure*, est nommée *exceptio;* car à la propriété du demandeur, le défendeur oppose une propriété.

959. Lorsque l'obligation est éteinte *ipso jure*, c'est comme si elle n'avait jamais existé; donc aucune circonstance ne peut la faire revivre; tout ce que l'on peut faire par des pactes c'est de créer une obligation nouvelle là où l'obligation s'établit par le simple consentement : *Non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum*, dit la L. 27, § 3, D. II, 14, en parlant d'une vente qui avait été dissoute par le *mutuus dissensus*. Cette loi fait encore l'application de ce principe à un autre cas. L'action *injuriarum* et l'action *furti* sont les

(1) L. 61, D. XXIII, 3; — L. 6, § 1, D. III, 4; — L. 11, § 1, D. XII, 1; — L. 4, § 2, D. II, 14. — § 4, Inst. III, 19 (20).

(2) L. 40, § 2, et L. 79, § 1, D. III, 3; — L. 4, D. VIII, 1; — L. 28, D. III, 3, etc.

seules actions qui s'éteignent *ipso jure* par le simple pacte (1); cette disposition émane de la loi des XII Tables, elle a pour but d'empêcher que la partie lésée ne revienne sur le pardon qu'elle avait accordé (2). D'après cela, la L. 27, § 2, D. II, 14, porte : si le pacte *de non petendo* est intervenu au sujet de l'action *injuriarum*, comme cette action est, par le pacte, éteinte *ipso jure*, un nouveau pacte tendant à restituer le demandeur dans le droit d'intenter son action, serait de nul effet.

Ce principe, que l'obligation qui est éteinte *ipso jure* ne peut revivre, parce qu'elle est considérée comme n'ayant jamais existé, paraît susceptible d'une exception, en matière de confusion. En effet, l'extinction opérée par la confusion n'a sa cause que dans un empêchement qu'éprouve le créancier à intenter son action; il y a dans une telle cause quelque chose qui ressemble à l'exception, puisque celle-ci n'est également qu'un obstacle que rencontre l'action du créancier. Toutefois, remarquons-le bien, lorsqu'il y a *confusio*, l'empêchement se trouve dans la personne du créancier lui-même, ou, si l'on veut, dans la règle *nemo potest agere contra se*, tandis que l'exception est au contraire un obstacle provenant de la personne du débiteur. Aussi, quoique la confusion n'ait pas toujours les mêmes effets que le paiement, l'*acceptilatio*, la novation, il n'est pas moins exact de la classer parmi les modes qui éteignent l'obligation *ipso jure;* ce qui le prouve, c'est la L. 2, §§ 18, 19, D. XVIII, 4. Lorsque l'héritier fiduciaire qui était créancier du défunt, transmet l'hérédité au fidéicommissaire, ses actions et ses créances sont éteintes *ipso jure* par la confusion, et c'est pourquoi elles ne revivent pas. D'autres actions, des actions utiles, lui sont accordées à cause de l'équité.

Il en est autrement si l'obligation, au lieu d'être éteinte *ipso jure*, n'est passible que d'une exception; alors il suffit d'écarter l'exception ou l'obstacle pour que cette obligation, valide par elle-même, manifeste toute son efficacité (3). Lorsque l'exception n'est que temporaire, la différence entre elle et l'extinction *ipso jure*

(1) L. 17, § 1, D. II, 14.
(2) Gellius, XX, 1. — Festus, voce *Talio*.
(3) L. 27, § 2, D. II, 14.

est d'autant plus sensible. L'héritier, par exemple, doit transmettre l'hérédité, mais le fidéicommissaire ne doit la garder qu'un certain temps, après lequel il doit la rendre à l'héritier. En vertu du principe *semel heres semper heres*, le fiduciaire reste héritier, reste saisi *ipso jure* de tous les droits et actions de la succession; le fidéicommissaire ne peut lui opposer que des exceptions et n'a lui-même que des actions utiles; mais le temps expiré, l'exception temporaire ou dilatoire du fidéicommissaire tombe d'elle-même et l'héritier exerce tous ses droits, dégagés de toute entrave; il n'a pas besoin d'actions utiles pour les faire valoir : *sufficiunt directae actiones heredi*, dit la L. 70, D. XXXVI, 1.

Mais lorsque l'exception n'est pas limitée par le temps, lorsqu'elle est *perpetua* puisqu'elle rend alors l'obligation perpétuellement inefficace, peut-on voir encore une différence entre une telle exception et une extinction *ipso jure?*

A plusieurs égards, l'on est tenté de décider qu'il n'y a pas de différence saisissable; la L. 112, D. L, 17, dit même : *nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur*. En effet, l'obligation passible d'une exception perpétuelle, si elle a été acquittée par ignorance, donne lieu en général, sauf le cas où l'exception vient du sénatusconsulte Macédonien, à la *condictio indebiti*, et ne peut servir à la compensation que sous la même restriction. Eu égard à la *condictio indebiti*, la règle énoncée à la L. 112 est exacte; mais il n'en est pas moins vrai qu'il y a une différence entre le cas où l'obligation est éteinte *ipso jure*, et celui où elle n'est passible que d'une exception, fût-elle perpétuelle, car :

1° Au dernier cas l'exception peut elle-même être écartée par une réplique (1).

2° Quand l'obligation n'est passible que d'une exception, le cautionnement dont elle serait l'objet, serait inefficace en règle générale. Cependant, si la caution sachant que le débiteur peut invoquer une exception, intervient dans un but de libéralité envers le créancier, voulant l'assurer contre l'effet de cette exception, le cautionnement est efficace, tandis que jamais le cautionnement ne

(1) L. 27, D. II, 14.

saurait avoir quelqu'efficacité s'il était intervenu au sujet d'une obligation éteinte *ipso jure* (1).

3° L'obligation qui n'est passible que d'une exception, peut être l'objet d'une novation (2).

4° Le *legatum debiti* nous donne un exemple assez remarquable de la différence qui existe entre l'extinction *ipso jure* et l'exception. Lorsqu'un testateur lègue à son créancier ce qu'il lui doit, avec indication de la somme due, l'héritier devra payer cette somme au légataire, peu importe que la dette existe réellement ou non (3). Dans ce cas, supposez qu'aucune dette ne puisse être prouvée, la dette est censée subsister au moins dans la conscience du testateur, et reçoit dans le legs une sanction extérieure. Si au contraire le testateur n'a pas déterminé la somme due, c'est au légataire à prouver et la dette et son montant. J'ai emprunté 1000 à Titius, celui-ci m'en a fait la remise par pacte *de non petendo;* je lègue à Titius ce que je lui dois : le legs sera valable, dit la L. 28, D. XXX, je serai censé, par ce legs, avoir renoncé à l'exception que j'aurais pu opposer à Titius : *remissa ei exceptio videtur*. Si au contraire, après avoir contracté l'emprunt de 1000, je les lui avais payés, que j'eusse ensuite légué à Titius ce que je lui dois, le legs serait nul; car la dette payée est comme si elle n'avait jamais existé.

5° Une autre différence entre l'extinction *ipso jure* et l'extinction *per exceptionem* consiste en ce que, au sujet des exceptions qui ne sont que des défenses contre l'action, il peut se présenter une question qui ne se rencontre jamais quand il s'agit des modes qui éteignent l'obligation *ipso jure :* c'est la question de savoir par qui l'exception, la défense doit être opposée et à qui elle peut l'être. Parmi ces exceptions il y en a qui peuvent être opposées à tout demandeur, telle est l'exception *quod metus causa;* il y en a qui ne peuvent l'être qu'au demandeur qui est l'auteur du fait, telle est l'exception *doli specialis* (4); il y en a qui ne peuvent être opposées

(1) L. 32, D. II, 14; — L. 9, § 3, D. XIV, 6.
(2) L. 25, D. XLV, 1.
(3) L. 25, D. XXXIV, 3; — L. 75, D. XXX.
(4) L. 2, § 1, D. XLIV, 4. — Voyez plus haut, au n° 119, le motif de cette différence.

que par le débiteur en personne, mais non par ses héritiers; telle est l'exception *pacti de non petendo*, lorsque ce pacte est *in personam conceptum*, c'est-à-dire lorsqu'il est conçu de telle sorte que les héritiers du débiteur ont été formellement exceptés du bénéfice du pacte : *a te solo non petam, ab heredibus petam*. Il y en a enfin qui peuvent être opposées par le débiteur et ses héritiers, ainsi que par les cautions; telle est l'exception du *pactum de non petendo* lorsqu'il est *in rem conceptum*, et, en général, telles sont toutes les exceptions fondées sur l'équité : *exceptio doli, aut quod metus causa*, etc. (1).

Rien de cela ne peut se présenter lorsque l'obligation est éteinte *ipso jure*, soit par le paiement, soit par l'*acceptilatio* ou par la novation. La confusion seule fait ici exception; car, bien qu'elle éteigne l'obligation *ipso jure*, comme cela est démontré par les textes cités plus haut, cependant, comme l'extinction ne résulte que d'un empêchement d'agir en justice, et que cet empêchement est ordinairement personnel à des créanciers, rien n'empêchera les autres créanciers, non héritiers, d'intenter leur action s'ils sont créanciers solidaires. D'un autre côté, s'il y a plusieurs débiteurs solidaires et que le créancier soit l'héritier de l'un d'eux, l'obligation ne sera éteinte que par rapport à ce débiteur; c'est pourquoi les textes disent que dans l'obligation solidaire la confusion n'éteint pas l'obligation, mais ne fait que retrancher une personne, un créancier ou un débiteur, du lien obligatoire (2).

Lorsqu'il s'agit d'une obligation non solidaire, la confusion éteint l'obligation *ipso jure*, soit pour le tout s'il n'y a qu'un débiteur et un créancier, soit pour la part du débiteur ou du créancier dans la personne desquelles s'opère la confusion, lorsqu'il y a plusieurs créanciers ou débiteurs non solidaires. S'il y a des personnes accessoirement obligées, la confusion qui a lieu entre le créancier et le débiteur libère aussi la caution; car le principal étant éteint, l'accessoire ne saurait subsister (3). Si la confusion s'opérait entre

(1) L. 7, D. XLIV, 1.
(2) L. 71, D. XLVI, 1; — L. 93, D. XLVI, 3.
(3) L. 71, D. XLVI, 1.

la personne du créancier et la caution, le débiteur principal demeurerait obligé, parce que l'obligation principale ne dépend pas de l'obligation accessoire dont l'exécution seule est devenue impossible par la confusion. Donc, s'il y a plusieurs créanciers ou débiteurs solidaires, la confusion a pour effet seulement de détacher l'un des créanciers ou des débiteurs du lien de l'obligation. Il en est de même lorsque la confusion s'opère entre le créancier et la caution. Dans tous les autres cas, la confusion éteint l'obligation, tant à l'égard de la caution que du débiteur principal.

Telles sont les différences qui subsistent encore aujourd'hui entre les nullités ou extinctions *ipso jure* et les exceptions. Pour terminer nos explications sur cette matière, il nous reste à examiner s'il est vrai que le pacte éteint *ipso jure* une obligation qui n'est que naturelle.

960. Se prévalant de la L. 95, § 4, D. XLVI, 3, Mühlenbruch enseigne (§ 465) que les obligations naturelles qui ne sont fondées que sur l'équité, se dissolvent aussi *ipso jure* par le simple pacte. La L. 95 est en effet ainsi conçue : *Naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita justo pacto, vel jurejurando ipso jure tollitur : quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur. Ideoque fidejussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur.* Sans faire attention à d'autres textes, on s'est hâté de conclure de la L. 95, que le pacte est par rapport à l'obligation naturelle, ce que l'*acceptilatio* et le paiement sont pour l'obligation civile. La L. 27, § 2, D. II, 14, proteste contre cette opinion d'une manière formelle et explicite. En effet, si le pacte éteignait l'obligation naturelle *ipso jure*, il est évident qu'une promesse faite par simple pacte devrait s'éteindre *ipso jure* par le pacte contraire; et cependant la L. 27, § 2, D. II, 14, dit qu'il n'en est pas ainsi, et cela en des termes bien remarquables : *Pactus, ne peteret, postea convenit, ut peteret : prius pactum per posterius elidetur, non quiden ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem (si hoc actum est); quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur : et ideo replicatione exceptio elidetur. Eadem ratione contingit, ne fidejussoribus prius pactum prosit. In jure,* dit le jurisconsulte Paul, on peut bien par une

fiction accorder à l'*acceptilatio*, qui avait lieu dans la forme de la stipulation, l'effet du paiement qui éteint l'obligation *ipso jure* et d'une manière absolue; mais cela ne saurait être admis quand on se place sur le terrain de l'équité; là on ne procède pas par fiction, et il faut toujours, suivant l'équité et abstraction faite du droit civil, examiner les effets du pacte. Or ce principe, appliqué au pacte *de non petendo,* conduit à ces conséquences : D'abord, il est naturel que ce pacte ne lie que les personnes qui y interviennent et leurs héritiers, à moins que les héritiers n'aient été formellement exclus (1). D'après cela, lorsque le créancier promet de ne rien exiger du débiteur, cette promesse par elle-même n'est obligatoire que vis-à-vis de celui qui l'a reçue, et de ses héritiers; et c'est par ce motif qu'au cas où il y a plusieurs débiteurs solidaires, celui-là seul qui a reçu la promesse pourra opposer l'exception, et que les autres ne le pourront que lorsque tous les débiteurs sont associés. En effet, en cas de société le créancier pourrait éluder sa promesse, si chaque débiteur associé ne pouvait opposer le pacte. Pour éluder la foi donnée, il lui suffirait de poursuivre l'autre associé avec lequel il n'aurait pas pactisé; celui-ci devrait payer et, cela fait, il aurait son recours par l'action *pro socio* contre le débiteur à qui la promesse aurait été faite; celui-ci, malgré la foi reçue, devrait payer indirectement au créancier et, par conséquent, le pacte serait éludé. Par le même motif d'équité, la caution peut aussi, malgré la règle que les pactes et conventions n'ont d'effet qu'entre parties, se prévaloir du *pactum de non petendo* intervenu entre le créancier et le débiteur principal; car, si la caution devait payer, elle aurait l'action *mandati* pour exiger du débiteur principal ce que le créancier lui avait promis de ne pas exiger.

Ce n'est donc pas par le motif que le *pactum de non petendo* serait assimilé au paiement, soit dans les obligations civiles, soit seulement dans les obligations naturelles; c'est pour que le pacte ne soit pas éludé vis-à-vis de la personne même qui a reçu la promesse, que le débiteur solidaire qui est associé et la cau-

(1) L. 7, § 8, et L. 17, D. II, 14.

tion sont libérés *per exceptionem*, et c'est par ce motif aussi que le débiteur solidaire et la caution ne peuvent plus opposer l'exception et seront obligés de payer, alors que la réclamation du paiement aura cessé d'être inique à l'égard du débiteur. Or, comme cette réclamation cesse d'être inique dès l'instant où après le *pactum ne petatur* est intervenu le *pactum ut petatur*, il est naturel que la L. 27, § 2, décide qu'après ce nouveau pacte *ut petatur*, la caution ne peut plus se prévaloir du pacte *ne petatur*. *Eadem ratione contingit ne fidejussoribus prius pactum prosit* (1).

Nous pouvons donc conclure de la L. 27, § 2, D. II, 14, et de toutes les dispositions qui régissent le *pactum de non petendo*, qu'il y a erreur à prétendre qu'à l'égard des obligations naturelles le pacte doit agir *ipso jure*, si, comme le fait Mühlenbruch et d'autres auteurs, on entend par ces mots *ipso jure* que le pacte doit éteindre l'obligation naturelle de la même manière que l'*acceptilatio*, qui est un paiement fictif, éteint les obligations même civiles. La L. 27, § 2, veut que le pacte qui n'a d'effet que par l'équité, reste toujours gouverné par elle, sans aucun mélange de fiction juridique.

Mais que signifient donc les mots *ipso jure* à la L. 95, § 4, D. XLVI, 3? Ces mots ne veulent dire autre chose que : *ipso jure equitatis*; car, remarquons-le bien, rapporter ici ces mots au *jus civile* et aux modes d'extinction consacrés par le droit civil, serait d'autant plus étrange que la *naturalis obligatio* n'existe pas même *ipso jure* : *ipso jure* elle est nulle, elle n'est pas, à parler civilement, une obligation. Ainsi entendu, ce texte se trouve dans une parfaite harmonie avec la L. 27, § 2, D. II, 14; car nous y voyons le jurisconsulte insister aussi sur ce que le pacte n'est régi que par l'équité, sans qu'on puisse y rapporter les fictions du droit civil et notamment de l'*acceptilatio*.

961. Comme en droit moderne il n'y a plus de différence entre le pacte et la stipulation, on en a conclu que : de même que l'*acceptilatio* a éteint *ipso jure* la stipulation en droit romain, ainsi le pacte *de non petendo*, c'est-à-dire la remise de la dette, doit étein-

(1) On parait par la suite s'être relaché de cette conséquence. L. 62, Dig. II, 14.

dre toute obligation. Cette opinion se trouve dans Pothier (1) et dans les commentateurs du Code les plus renommés (2). Ces auteurs s'accordent à assimiler la remise tantôt au paiement, tantôt à l'acceptilation, qui, du reste, n'est qu'un paiement simulé.

Cependant, s'il en était ainsi, il faudrait 1° que la remise faite à la caution, libérât et le débiteur principal et le cofidéjusseur, et pourtant l'art. 1287 décide le contraire; 2° que la remise faite par l'un des créanciers solidaires libérât le débiteur vis-à-vis de tous les créanciers, et cependant le débiteur n'est libéré que vis-à-vis du créancier remettant, et seulement pour la part qui lui revient dans la créance (art. 1198). Toutes ces conséquences prouvent que la remise ne saurait opérer comme le paiement; car lorsqu'une dette est payée, soit par l'un des débiteurs principaux, soit par la caution, soit même par un tiers, tous ceux qui relativement à cette dette ont été obligés, principalement ou accessoirement, se trouvent à l'instant libérés, et cela s'applique aussi à *l'acceptilatio,* parce qu'elle constitue un paiement simulé. Il en est de même du cas où le créancier consent à recevoir de son débiteur une chose autre que celle qui lui est due (3). La novation opère encore de la même manière, parce qu'elle est en quelque sorte un paiement; en effet, le créancier reçoit pour lui ou pour un tiers délégataire une autre obligation en acquit de la première. Dans tous ces cas il y a extinction *ipso jure,* car le créancier reçoit un paiement ou un quasi-paiement. La confusion est seulement rangée parmi les modes d'extinction *ipso jure,* parce que par l'effet de la confusion, le créancier, s'il n'est pas payé, est mis dans l'impossibilité de l'être. Mais, entre ces divers modes d'extinction et la remise, il y a une différence qui est essentielle et que l'assimilation des pactes aux stipulations ne saurait jamais effacer : la remise n'est pas un acte qui procure au créancier ce qui lui est dû, ou une autre chose qu'il accepte volontairement en lieu et place de la chose due; elle n'a rien de commun avec la *solutio,* elle n'est en soi qu'un pacte, qu'une convention qui fonde un droit pour le débiteur et ne sau-

(1) Pothier, *Traité des Oblig.*, 472.
(2) Toullier, VII, 320; Duranton, XII, 356.
(3) Gaius, *Comm.* III, § 162.

rait avoir d'autres effets que ceux de la convention en général; car, si les effets de ce pacte intervenu entre le débiteur et le créancier s'étendent à la caution, aux codébiteurs solidaires associés, c'est parce que la bonne foi l'exige ainsi, c'est parce que sans cette extension le pacte ne serait qu'illusoire pour celui-même qui en aurait accepté la foi.

Au lieu de conserver à ce pacte, à la remise, ce caractère conventionnel qui seul semble convenir à sa nature, qu'a-t-on fait? on a fait un raisonnement abusif; considérant l'*acceptilatio* comme une remise solennelle faite par stipulation, et partant du principe qu'en droit moderne le pacte vaut la stipulation, on a dit : le pacte, la simple remise vaut comme l'*acceptilatio* ou comme le paiement. Mais c'est là une grave erreur : l'*acceptilatio* ne doit pas être considérée comme une remise solennelle, c'est-à-dire, une remise revêtue de la stipulation; ce n'est pas comme telle qu'elle éteint l'obligation *ipso jure* à l'instar du paiement. Ne voir dans l'*acceptilatio* que la stipulation, ce serait ne reconnaître que le côté formel de l'acte, tandis qu'il importe de considérer que l'*acceptilatio*, sous la forme de la stipulation, servait à constater un paiement simulé; donc, par cette fiction et non pas à cause de la forme de la stipulation, elle devait avoir les effets du paiement. Il y a par conséquent erreur à dire que l'*acceptilatio* était une remise solennelle, le pacte une remise non-solennelle. L'*acceptilatio* était une fiction de paiement, et dans notre droit il n'y a pas de fiction pareille. Aussi s'est-on aperçu de ce qu'il y avait d'étrange dans ce système, et il en est résulté qu'on a donné à la remise, tantôt les effets du paiement, de l'*acceptilatio*, tantôt ceux du pacte. Pothier, à la vérité, est resté le plus conséquent; il donne généralement à la remise l'effet de l'*acceptilatio;* ainsi, au n° 260, citant la L. 2, D. XLV, 1, il dit que la remise faite par l'un des créanciers solidaires, libère le débiteur envers tous; il attribue le même effet à la remise faite à l'un des débiteurs solidaires. Il s'énonce plus timidement au n° 275. Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs solidaires, dit-il, le créancier peut, par la remise de la dette qu'il fait à l'un d'eux, éteindre la dette et libérer tous les autres; mais il faut qu'il paraisse que le créancier a eu l'inten-

tion d'éteindre la dette; car, s'il n'a eu l'intention que de décharger la personne du débiteur, les codébiteurs ne sont pas libérés si ce n'est pour la part de celui qui a été déchargé.

Le Code, à l'art. 1198, ne donne à la remise faite par l'un des créanciers solidaires, que l'effet d'une convention; elle ne libère le débiteur que vis-à-vis de ce créancier et pour sa part; par contre il donne l'effet du paiement, l'effet de l'*acceptilatio* à la remise faite à l'un des codébiteurs solidaires (1285). Cette remise libère tous les autres, à moins que les droits n'aient été réservés; l'art. 1198 rentre ainsi dans le système de Pothier. Enfin à l'art. 1288, concernant la remise faite à la caution, le même acte n'a encore une fois que l'effet d'une convention, il n'opère pas à l'égard des tiers. Je comprends les dispositions des art. 1198 et 1288, qui donnent à la remise l'effet de la convention; mais je ne comprends pas celle de l'art. 1285, qui attribue à la remise l'effet du paiement. Je ne vois pas pourquoi le créancier qui remet sa dette à l'un des codébiteurs solidaires, serait censé faire remise de ses droits contre tous, à moins qu'il ne les ait réservés. Il n'y a qu'une considération qui explique tout cela, c'est que s'étant mépris sur le caractère de l'*acceptilatio* et ayant donné au pacte les effets de l'*acceptilatio*, on a été amené à donner à la remise des effets qui répugnent à sa nature conventionnelle, tandis que le bon sens a protégé le législateur contre les conséquences les plus choquantes de son erreur; c'est pourquoi il s'est, à l'art. 1198, écarté de la doctrine de Pothier, tandis qu'il l'acceptait à l'art. 1285.

La remise doit donc conserver, en général, le caractère et les effets d'une convention, et entre elle et le paiement, sauf la disposition anormale de l'art. 1285, provenant de l'erreur signalée, nous devons reconnaître toutes les différences indiquées plus haut aux n[os] 958 et 959.

DU PAIEMENT ET DE LA DATION EN PAIEMENT.

Sommaire.

962. Qu'est-ce que le paiement? — Double signification de ce mot.
963. De la personne qui reçoit le paiement. — Du paiement fait au pupille ou au mineur.
964. Du paiement fait au tuteur, au curateur ou au mandataire général. — Le *procurator ad litem* a-t-il qualité à l'effet de recevoir le paiement?
965. Celui qui a mandat pour vendre ou pour louer un objet, a-t-il qualité à l'effet d'en recevoir le prix ou le loyer? — Celui qui est chargé de la remise d'une chose, a-t-il qualité pour en recevoir le paiement?
966. Le paiement fait au créancier du créancier libère-t-il le débiteur?
967. Le paiement fait au possesseur d'une hérédité est-il valable?
968. Du paiement fait au *negotiorum gestor*, — et de celui qui est fait au *falsus procurator*.
969. Du paiement fait au mandataire révoqué.
970. Du paiement fait à l'*adjectus solutionis causa*.
971. Des conditions requises dans la personne qui fait le paiement. — Un tiers peut payer, même malgré le débiteur ou malgré le créancier, mais il ne peut exiger la cession de l'action malgré le créancier.
972. De ce qui est spécialement requis lorsque l'obligation a pour objet un *dare*. — Du paiement fait par le pupille.
973. Du cas où celui qui fait le paiement n'est pas propriétaire. — La prescription et la consommation de bonne foi peuvent valider le paiement de la chose d'autrui, nul dans le principe.
974. Du cas où le débiteur paie avec l'intention de reprendre la chose. — Du cas où le mandataire paie en son nom avec les deniers du mandant, au lieu de payer au nom de son mandant.
975. De la manière dont le paiement doit se faire. — Effet de l'offre valable.
976. Du paiement partiel.
977. La chose même qui est due, doit être payée. — Obligation d'une chose fongible ou d'un *genus*.
978. Du lieu et du temps du paiement. — Renvoi.
979. Quand la dation *in solutum* doit-elle nécessairement être acceptée par le débiteur?
980. Ce qui la distingue de la vente.

---

962. Le mot *solutio* est quelquefois employé dans un sens générique et signifie toute espèce d'extinction d'une obligation, surtout lorsqu'elle a lieu par la volonté des parties. *Solutionis verbum*, dit la L. 54, D. XLVI, 3, *pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam : magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem.*

Dans un sens plus restreint, le mot *solutio* signifie l'extinction d'une obligation par son exécution, c'est-à-dire, par la prestation exacte de la chose due, faite de la manière dont elle est due : *ejus quod debetur, uti debetur, praestatio* (1).

La validité du paiement dépend :

1° De la personne à laquelle le paiement est fait;

2° De la personne qui le fait;

3° De l'objet, du temps et du lieu du paiement.

963. Pour que le paiement soit valable, il faut qu'il soit fait au créancier ou à celui qui a qualité pour le recevoir au nom du créancier.

Quant au paiement qui est fait au créancier en personne, il suppose, pour qu'il soit valable, que le créancier soit capable d'a-

(1) Comp. la L. 176, D. L, 16.

liéner; car, bien que l'acceptation d'un paiement ne soit, par rapport au mandataire, qu'un acte d'administration puisqu'il entre dans les attributions d'un mandataire général (1), cependant, à l'égard d'un incapable, le paiement est considéré comme un acte d'aliénation. En effet, l'incapable s'il pouvait recevoir un paiement, se dépouillerait de son droit de créance, droit qu'il peut conserver plus facilement que la chose payée. Le paiement fait à un incapable est donc déclaré nul et ne libère le débiteur que par voie d'exception, par l'exception *doli,* si tant est que le débiteur prouve que le créancier, quoiqu'incapable de recevoir le paiement, en est demeuré enrichi (2).

Le paiement fait à un pupille assisté de son tuteur, ou à un mineur assisté de son curateur, est valable *ipso jure;* cependant, si le mineur ou le pupille prouve qu'il a été lésé, la voie de la restitution en entier lui est ouverte. Les actes même qui ont été homologués, tels que les aliénations, sont soumis à la restitution en entier pour cause de lésion. Toutefois, à l'égard des paiements faits d'autorité de justice, Justinien a ôté aux mineurs le remède de la restitution; il a considéré qu'un débiteur qui paie, ne pose pas un acte volontaire comme celui qui achète une chose d'un mineur; le débiteur peut être forcé de payer, donc la lésion, s'il y en a, ne saurait lui être imputée; c'est par ce motif que Justinien assure au débiteur qui paie d'autorité de justice, une pleine sécurité (3).

Remarquez que lorsque le mineur se pourvoit par la restitution en entier, il suffit qu'il soit enrichi au moment de la litiscontestation pour que le débiteur puisse repousser sa demande. Si en ce moment il s'est trouvé enrichi et qu'ensuite un événement quelconque lui ait fait perdre l'avantage du paiement, l'exception *doli* demeurera fondée, car il y a mauvaise foi de la part du mineur à demander une seconde fois ce qu'il possédait déjà.

964. Le paiement fait à une personne autre que le créancier, n'est valable que lorsque cette personne a pouvoir de l'accepter, pouvoir qu'elle peut tenir de la loi civile ou du créancier lui-même.

(1) L. 12, D. XLVI, 3.
(2) L. 15 et L. 47, D. XLVI, 3.
(3) L. 25, C. V, 37.

Les tuteurs, curateurs et syndics tiennent leur pouvoir de la loi. Le paiement qu'un tuteur a reçu, est donc valable, sauf la restitution en entier, s'il n'est pas fait d'autorité de justice. Le paiement fait à un mandataire général, l'est également (1).

Celui qui est fait à un mandataire spécial, n'est valable que lorsque ce mandataire a spécialement mandat à l'effet de recevoir le paiement. Ainsi, le *procurator ad litem,* celui qui a reçu pouvoir de poursuivre un débiteur, n'a pas qualité pour recevoir le paiement; il n'a pas le droit d'intenter l'action *judicati,* qui tend à l'exécution de la sentence; donc le débiteur qui lui paierait, ne se libérerait pas. Il y a plus : en droit romain l'*apparitor* chargé de l'exécution de la sentence, n'avait pas qualité pour recevoir le paiement; le débiteur devait payer au créancier, ou faire la consignation judiciaire.

Selon le droit français, l'huissier muni d'un titre exécutoire, a qualité pour recevoir le paiement qui peut même lui être fait lors d'un commandement de payer, mais non lors d'une simple assignation en justice (2).

965. Celui qui a mandat pour vendre ou louer une chose, ne peut, suivant la L. 1, § 12, D. XIV, 1, recevoir valablement le paiement du prix ou du loyer. Cette loi décide que celui qui est préposé à un navire pour traiter avec les marchands qui y chargent leurs marchandises, n'a pas qualité pour recevoir le paiement du fret, et telle est la règle générale. Cependant le *contractus estimatorius* (3), qui n'est qu'un mandat à l'effet de vendre, avec remise de la chose et à condition que le revendeur aura une partie du prix ou l'excédant du prix qui a été fixé, ce contrat nous prouve qu'il faut établir une exception pour le cas où la chose que le mandataire a été chargé de vendre, lui a été confiée. Ainsi, en cas de vente, il faut faire cette distinction : si celui qui a mandat de vendre est aussi chargé de remettre la chose à l'acquéreur, cette possession de la chose implique mandat à l'effet de recevoir

(1) L. 12 et L. 18, D. XLVI, 3.
(2) Comp. Duranton, XII, n° 50.
(3) Voyez plus haut les nos 290, 752 et 753

le paiement; mais dans tout autre cas le paiement ne saurait se faire valablement à un tel mandataire (1).

Quant à celui qui, sans avoir reçu mandat de vendre, est chargé seulement de faire la remise d'un objet déjà vendu, il faut voir si, dans l'intention des parties, le paiement devait se faire au comptant ou non. S'il devait se faire au comptant, on admettra que le mandat à l'effet de remettre la chose, implique mandat à l'effet de recevoir le paiement. Au cas contraire, le paiement ne pourra se faire valablement à la personne chargée simplement de faire la remise de la chose.

966. Le paiement fait au créancier du créancier ne saurait libérer le débiteur de plein droit; ce n'est pas là un paiement proprement dit, mais un acte dont les effets doivent s'apprécier d'après les règles de la *negotiorum gestio* et de la *compensatio*. Le débiteur, en effet, qui paie la dette de son créancier, alors que ce dernier ne s'y oppose pas, gère les affaires de celui-ci. Cela étant, il acquiert un droit au remboursement de la somme payée, en tant que sa gestion a été utile; cette somme donc, si elle a été liquide, entrera en compensation au moyen de l'exception *doli* que le débiteur opposera à son créancier (2). Si la L. 11, D. XIII, 7, déclare libérer de plein droit le sous-locataire qui paie au *locator* de son *locator*, cette disposition est exceptionnelle et repose sur ce motif spécial que le *locator* acquiert hypothèque sur les meubles, sur les *invecta et illata* du sous-locataire, et cela jusqu'à concurrence du loyer que devra ce dernier; dès-lors la justice exigeait que le sous-locataire pût aussi se libérer en payant au premier locateur, puisqu'il ne dégrèverait pas ses meubles en payant le loyer à son bailleur, si celui-ci restait débiteur du premier.

967. Le débiteur d'une succession, qui paie à celui qui est en possession de l'hérédité et qu'il croit être héritier, se libère de plein droit si le possesseur restitue le paiement à l'héritier; en faisant cette restitution, le possesseur remplit un mandat tacite, il se conforme à l'intention du débiteur. C'est pourquoi la L. 31, § 5,

(1) Comp. Pothier, *Oblig.*, n° 477; — Toullier, VII, 23; — Duranton, XII, 51.
(2) Voyez la L. 6, D. XLIV, 4.

D. V, 3, déclare qu'en ce cas le débiteur est libéré *ipso jure*.

Si le possesseur de l'hérédité n'a pas restitué le paiement à l'héritier, il faut distinguer si le paiement a été fait de bonne ou de mauvaise foi, ou plutôt, s'il y a eu faute à imputer au débiteur ou non. S'il n'y a pas eu faute, si le débiteur a cru ce que tous ont cru, que le possesseur était héritier, il est libéré : *Error communis facit jus;* l'héritier véritable à qui le paiement n'aura pas été restitué, supportera donc la perte (1). Si le débiteur avait lieu de douter que le possesseur fût héritier, s'il y a quelque faute à lui imputer, il ne sera pas libéré, il ne pourra pas se prévaloir de cette erreur; car on doit connaître la condition des personnes auxquelles on fait un paiement (2). Cependant il est certain qu'un tel débiteur, s'il n'est pas libéré, aura la *condictio sine causa* contre le possesseur.

S'il y a contestation entre plusieurs personnes sur la qualité d'héritier, il sera donc prudent de ne payer ni à l'une ni à l'autre, mais de consigner la somme, ou de ne payer qu'en se faisant donner caution pour le cas où celui qui reçoit le paiement serait évincé de l'hérédité.

968. Nous avons vu que le débiteur ne peut se libérer qu'en payant au créancier en personne, ou à son représentant légal, ou à celui qui a reçu du créancier un mandat, soit général, soit spécial. Le créancier doit être capable d'aliéner; mais s'il l'est, il n'est pas nécessaire que le mandataire qu'il a choisi, soit une personne capable (3). D'après ce principe, nous avons vu que le paiement fait au créancier du créancier, ne libère jamais le débiteur *ipso jure;* que celui fait au possesseur de l'hérédité, ne le libère que lorsque le possesseur a restitué la somme à l'héritier, ou que le débiteur, en considérant le possesseur comme héritier, a partagé une erreur commune à tout le monde.

D'après ces mêmes principes, nous déciderons encore que le débiteur ne se libère pas lorsqu'il paie à une personne qui s'est

(1) L. 3, D. XIV, 6.
(2) L. 6 et L. 9, D. XXII, 6; — L. 38, § 1, D. XLVI, 3.
(3) L. 11, D. XLVI, 3.

constituée gérant d'affaires pour le créancier; ce ne serait que par la ratification du créancier qu'un tel débiteur pourrait être libéré. De là naît la question de savoir si, en attendant que la ratification intervienne, le débiteur peut répéter le paiement qu'il a fait au gérant. Ulpien, à la L. 58, D. XLVI, 3, en fait dépendre la solution de l'intention dans laquelle le débiteur avait remis cet argent au gérant d'affaires. Si son intention était d'être libéré à l'instant, ce qui suppose qu'il ait considéré le gérant comme mandataire du créancier, il pourra répéter le paiement par la *condictio sine causa*, car il a donné la chose pour être libéré à l'instant, et cette libération n'ayant pas eu lieu, il y a eu *datio sine causa*. Si, au contraire, il a su que le gérant n'avait pas de mandat, il ne peut pas répéter la somme; il ne pourrait la répéter que dès l'instant où le créancier aurait refusé de ratifier le paiement.

De ce qui précède il résulte aussi que le débiteur qui aurait payé à un *falsus procurator*, à une personne qui faussement se serait fait passer comme ayant des pouvoirs, ne serait pas libéré; il aurait contre ce *procurator* qui aurait reçu le paiement pour le faire sien, la *condictio furtiva*. Cette décision cependant serait susceptible de se modifier, si le créancier avait coopéré, ne fût-ce que par imprudence, à induire le débiteur en erreur; si, par exemple, il avait confié son titre à une personne qui en aurait abusé : dans ce cas, le débiteur ayant pu se tromper, sans qu'il y eût de sa faute, mais par la faute du créancier, devrait être considéré comme libéré, de même que celui qui paie au possesseur de l'hérédité.

L'art. 1240 du Code civil comparé à l'art. 1239, consacre cette modification qui est tout-à-fait équitable. Il y a plus : le paiement d'un effet de commerce, lettre de change ou billet à ordre, libère toujours le débiteur s'il est fait de bonne foi et à l'échéance, l'endossement fût-il faux (1).

969. En vertu du même principe que le débiteur de bonne foi ne doit pas souffrir de la faute de son créancier, le paiement fait à un mandataire révoqué est valable lorsque le créancier a laissé

(1) Art. 145 et 187 du Code de comm.

ignorer la révocation au débiteur. Ce paiement est valable *ipso jure* ou par voie d'exception, suivant la distinction établie à la L. 38, § 1, D. XLVI, 3. Si le mandataire révoqué à qui le paiement est fait, accepte pour le créancier, le débiteur est libéré de plein droit, dit cette loi; mais si le mandataire révoqué a reçu le paiement dans l'intention de le garder devers lui, *lucrandi animo*, alors le débiteur ne sera pas libéré de plein droit envers le créancier, il ne le sera qu'en excipant de son ignorance, de l'erreur où il a été amené par la faute du créancier, qui lui a laissé ignorer la révocation du mandat; il ne le sera qu'en cédant à ce créancier les actions du vol qu'il a acquises contre le mandataire révoqué; car, celui-ci ayant reçu pour lui, *lucrandi animo*, tandis que le débiteur a entendu donner à son créancier, il n'y a pas eu transport de la propriété et il y a eu vol de la part du mandataire révoqué.

Chez nous il n'y aurait pas vol, car le vol requiert soustraction, la *contrectatio* ne suffit pas; la distinction de la L. 38 y est donc sans application, et l'on doit dire qu'en général le débiteur qui paie de bonne foi au mandataire révoqué, est libéré; le créancier aura son recours contre ce dernier.

970. Le paiement fait à l'*adjectus solutionis causa* libère le débiteur, comme celui qui est fait au mandataire spécial; car l'*adjectio* implique mandat à l'effet de recevoir tel paiement déterminé. Toutefois, comme l'*adjectio* est un mandat donné lors de la constitution de l'obligation, il ne peut être révoqué par le mandant sans le consentement du débiteur; celui-ci pourrait donc payer valablement à l'*adjectus*. L'*adjectio* diffère encore du mandat en ce qu'elle ne s'éteint pas par la mort du mandant; c'est là une conséquence de ce que le débiteur a acquis le droit de payer à l'*adjectus* et que le mandant et ses héritiers sont obligés de le souffrir; mais l'*adjectio* s'éteint par la mort de l'*adjectus*, comme le mandat cesse par la mort du mandataire; car l'*adjectio*, comme le mandat, est un acte de confiance personnelle (1).

(1) Voyez sur cette matière la L. 12, § 3, D. XLVI, 3; — L. 141, D. XLV, 1; — L. 57, § 1, D. XLVI, 3. — Voyez aussi, plus haut, le nº 69, et l'ouvrage que nous y avons cité.

971. Nous venons de voir que le paiement, pour être valable, ne peut être fait qu'au créancier en personne ou à son représentant délégué ou légal, à moins que le créancier lui-même n'ait imprudemment provoqué l'erreur du débiteur, soit par la remise des titres à une personne qui en a abusé, soit par la révocation du mandat non signifiée au débiteur, ou que l'erreur du débiteur ne soit tout-à-fait irréprochable, comme lorsqu'on paie à celui que tout le monde regarde comme héritier du créancier défunt.

Il en est autrement de la personne qui fait le paiement : il n'est pas nécessaire que ce soit ou le débiteur en personne, ou son délégué, ou son représentant légal qui fasse le paiement; il peut être valablement fait par un tiers quelconque, pourvu que celui-ci soit capable d'aliéner; il peut être fait par ce tiers à l'insu du débiteur et même malgré lui; le paiement considéré en soi aura toujours les mêmes effets (1). Mais, suivant qu'il est fait du consentement, ou seulement à l'insu, ou malgré le débiteur, il établira des rapports différents entre le payant et le débiteur. Fait du consentement du débiteur, il donne au payant comme mandataire, l'action *mandati contraria;* fait à son insu, l'action *negotiorum gestorum;* fait malgré le débiteur, il n'oblige aucunement le débiteur envers le payant, celui-ci étant censé avoir fait une libéralité au débiteur. *Licet etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere,* dit à ce sujet la L. 53, D. XLVI, 3.

Mais cette loi, qui autorise le paiement fait par un tiers malgré le débiteur, n'est-elle pas contraire à cet autre principe : *Non potest liberalitas nolenti acquiri,* de la L. 19, § 2, D. XXXIX, 5? Elle ne l'est point; car ce dernier principe n'est pas applicable au cas où un tiers est intéressé à la libéralité. Or ici, ce tiers intéressé est le créancier; celui qui est débiteur, peut bien refuser une libéralité, mais il ne doit pas pouvoir empêcher qu'un créancier ne reçoive ce qui lui est dû; en ce sens la L. 53 dit : qu'il est permis de rendre meilleure la condition même de celui qui s'y oppose.

Donc, *a parte debitoris,* rien ne s'oppose à ce que le paiement

(1) L. 23 et L. 40, D. XLVI, 3.

se fasse valablement par un tiers, fût-ce contre le gré du débiteur. Quant au créancier, il n'a, en règle générale, aucun intérêt à ce que le paiement soit fait par le débiteur en personne, plutôt que par un tiers, à moins toutefois que l'obligation n'ait pour objet une œuvre pour l'exécution de laquelle le débiteur possède une habileté spéciale qui a déterminé le créancier à contracter avec lui (1); ou encore, à moins que le débiteur ne soit un colon emphythéotique, car dans ce cas le créancier aurait encore intérêt à obtenir le canon du débiteur en personne ou de son mandataire, puisque le canon se paie en reconnaissance de la propriété. Hors ces cas, la personne qui paie est indifférente au créancier, qui n'a pas le droit de s'opposer à ce que le paiement lui soit fait par un tiers; donc en cas de refus le tiers peut, par des offres valables, constituer le créancier en demeure et, en faisant la consignation du paiement, éteindre la dette malgré le créancier, tout aussi bien que le pourrait le débiteur lui-même (2).

Toutefois, remarquons bien que si le tiers peut, malgré le créancier, libérer le débiteur, il ne pourrait cependant pas, en faisant le paiement, se faire céder les actions; il ne peut qu'éteindre la dette malgré le débiteur ou malgré le créancier; il ne peut pas forcer le créancier à lui faire cession de la créance. La cession doit être librement consentie par le créancier, quoiqu'elle puisse avoir lieu malgré le débiteur. Nous traiterons plus longuement de ce dernier point.

972. Si le paiement peut être fait soit par le débiteur, soit par un tiers quelconque, il faut cependant, toutes les fois que l'obligation a pour objet un *dare*, que la personne qui paie réunisse les conditions que voici :

1° Que le débiteur qui paie, ou le tiers qui paie sans mandat, soit capable d'aliéner;.

2° Qu'il soit propriétaire;

3° Il faut aussi que la chose soit donnée avec l'intention d'en transférer la propriété irrévocablement au créancier, et qu'il y ait

(1) L. 31, D.
(2) L. 72, § 2, D. XLVI, 3.

accord sur le transfert de la propriété entre le créancier et celui qui paie.

De la première condition il suit : que le pupille ne fait pas un paiement valable, c'est-à-dire que le créancier ne peut pas se considérer comme possédant, à titre de paiement, ce qui lui a été payé par un pupille, et que la chose pourra être revendiquée si elle n'a pas été consommée, et poursuivie par l'action *ad exhibendum* si elle a été consommée de mauvaise foi par le créancier (1). Cependant un tel paiement peut être validé, soit dans l'intérêt du pupille seul, soit dans l'intérêt du créancier et du pupille tout à la fois, en supposant qu'il y ait eu dette et que la dette ait été à la fois civile et naturelle. Le paiement est validé dans l'intérêt du pupille, lorsque la chose a péri fortuitement chez le créancier; il l'est, dit-on, vertu de la règle que la nullité du paiement étant introduite dans l'intérêt du pupille, ne saurait être rétorquée contre lui; or, elle le serait si la perte fortuite l'obligeait à payer une seconde fois. Bien que l'on raisonne généralement ainsi, cependant nous aimons mieux considérer la validité que le paiement reçoit en ce cas, comme dérivant naturellement et directement de la nature de la nullité même, qui frappe tout acte passé entre un majeur et un incapable. Un tel acte est toujours valable d'un côté, non valable de l'autre : il l'est pour le majeur, il ne l'est pas pour l'incapable; donc dans l'espèce, le pupille seul peut invoquer la nullité du paiement, tandis qu'à l'égard du majeur le paiement est valable et éteint la créance.

Le paiement fait par le pupille se valide dans l'intérêt du créancier et du pupille, lorsque la chose a été due naturellement et civilement, et qu'elle a été consommée de bonne foi. En ce cas, il serait inique de forcer le créancier de se procurer, pour la remettre au pupille, une chose que le créancier pourrait réclamer un instant après. Du reste, aucune action ne saurait compléter au pupille : ce qu'il y a de plus avantageux pour le pupille lui-même, c'est d'attribuer à la consommation l'effet de valider le paiement. Aucune action ne saurait lui compéter, car en cas de consomma-

(1) L. 14, D. XLVI, 3.

tion de bonne foi, il n'y a lieu ni à la revendication ni à l'action *ad exhibendum;* il n'y a pas lieu non plus à la *condictio indebiti,* puisque la chose est due naturellement et civilement, enfin, il n'y a pas lieu à la restitution en entier, parce qu'en définitive, le paiement ne l'a point lésé.

Mais si la chose qui a été payée par le pupille et consommée par le créancier, ne lui avait été due ni civilement ni naturellement; par exemple, si le pupille avait payé en acquit d'une promesse faite par lui-même, promesse qui, bien que par rapport aux tiers, aux cautions par exemple, elle fasse naître une obligation, ne lie pourtant le pupille lui-même ni civilement ni naturellement, si pareille dette avait été payée par le pupille et que la chose eût été consommée de bonne foi, le pupille aurait la *condictio indebiti.* Ainsi le décide avec raison la L. 41, D. XII, 6.

Que faudrait-il décider si le pupille avait payé une chose due naturellement, par exemple s'il avait acquitté une dette naturelle de son père, une dette provenant d'un simple pacte? En ce cas, si la chose a été consommée, la *condictio indebiti* ne saurait être intentée, car les choses dues naturellement ne sauraient être répétées par cette action; toutefois, comme il demeurerait lésé par ce paiement, ayant fait ce que le créancier ne l'aurait pu forcer de faire, il aurait la restitution en entier (1). Il en serait de même si le pupille avait payé la dette d'un tiers : il pourrait également se pourvoir par la voie de la restitution, si la chose payée avait été consommée de bonne foi.

973. Pour que le paiement soit valable, il faut : que celui qui paie, débiteur ou tiers, soit propriétaire, car la propriété de la chose payée doit être transférée au créancier dans toutes les obligations qui ont pour objet un *dare* et non un *tradere* ou un *constituere.* Si la propriété n'a pas été transférée au créancier, sa créance subsiste comme si rien n'avait été fait (2), et il en résultera qu'il pourra poursuivre son débiteur comme si rien n'avait été fait et demander soit une autre chose, si la dette est d'un *genus,* soit

(1) L. 25, D. IV, 4.
(2) L. 167, D. L, 17.

des dommages et intérêts pour non-exécution, si elle est d'une *species*. Le créancier qui aurait reçu en paiement la chose d'autrui, pourrait aussi, s'il était évincé, intenter contre le débiteur l'action en garantie : toutefois s'il intente cette action, il est par là même censé ratifier le paiement, et ne peut par conséquent plus se prévaloir de sa créance ni des garanties personnelles et réelles qui pourraient l'accompaguer.

Cependant, si le paiement de la chose d'autrui est nul en principe, un tel paiement peut également être validé *ex post facto,* soit en vertu de l'*usucapio* dont l'accomplissement transforme le possesseur en propriétaire, soit en vertu de la consommation faite de bonne foi, qui éteint la propriété du tiers et rend le consommateur propriétaire irrévocable. La L. 60, D. XLVI, 3, décide que le débiteur qui a donné en paiement l'esclave d'autrui, est libéré dès l'instant où le créancier a usucapé l'esclave. La L. 78, D. *eod.*, décide que le débiteur qui a donné en paiement l'argent d'autrui, est libéré vis-à-vis de son créancier dès l'instant où celui-ci l'a consommé de bonne foi; et il importe de remarquer que le mélange des espèces payées avec celles du créancier est un fait de consommation, puisqu'il éteint l'argent *in specie,* rendant les espèces méconnaissables et non susceptibles d'être revendiquées. Il ne restera donc au tiers qui était propriétaire de l'argent consommé, que les actions du vol contre celui qui en a été l'auteur, ou l'action *ad exhibendum* contre celui qui, de mauvaise foi, a cessé de le posséder.

974. Il faut que la chose soit donnée avec l'intention d'en transférer irrévocablement la propriété au créancier. Si je donne la chose due, à condition que je la reprendrai, je n'éteins pas ma dette, et il en résultera que la chose reste à mes risques et périls; si entretemps elle périt chez le créancier, celui-ci conservera son action (1).

Il faut enfin qu'il y ait accord sur le transport de la propriété entre celui qui paie et le créancier. En vertu de cette règle, la L. 17, D. XLVI, 3, décide que si j'ai chargé quelqu'un d'aller

(1) L. 55, D. XLVI, 3.

payer à mon créancier et en mon nom une somme que je lui remets, et que ce mandataire, également débiteur de mon créancier, paie cette somme en son propre nom et pour son compte, le paiement de ce mandataire n'aura éteint ni ma dette ni la sienne propre : il n'a pas éteint ma dette, parce que l'argent n'a pas été accepté en mon nom, le créancier a accepté l'argent comme venant d'un autre que moi, donc pas de transport de la propriété, pas de *solutio;* la dette du mandataire n'a pas été éteinte, parce que, bien que l'argent ait été donné et accepté au nom du mandataire, la propriété n'a pu être transférée, attendu que le mandataire n'était pas propriétaire. Il s'ensuivra que si l'argent subsiste, je pourrai le revendiquer, et que je devrai agir *ad exhidendum* s'il a été consommé de mauvaise foi; mais s'il a été consommé de bonne foi par le créancier, ce sera le mandataire infidèle qui sera libéré, puisque la consommation a rendu le créancier propriétaire de l'argent qu'il a reçu de lui et en son nom; d'où résulte que le créancier conservera son action contre moi mandant et que j'aurai à exercer mon recours par l'action *mandati* contre le mandataire infidèle.

975. La chose doit être payée telle qu'elle est due et de la manière dont elle est due. L'offre de payer faite sous de telles conditions, constituerait le créancier en demeure et dégagerait le débiteur de toute faute et, par conséquent, des effets de la demeure, sauf le dol et la faute grave. De plus, comme l'offre aurait nécessairement converti l'obligation d'un genre en obligation d'une *species*, le risque de la chose serait, dans tous les cas, supporté par le créancier. Si, au contraire, l'offre n'avait pas répondu à toute l'étendue de l'obligation, celle-ci ne serait modifiée en rien, l'offre n'aurait pas d'effet. C'est pourquoi il importe de déterminer avec exactitude comment le paiement doit se faire :

1° Eu égard à la chose même qui est due;

2° Eu égard au lieu du paiement;

3° Eu égard au temps du paiement.

976. L'offre de paiement, pour obliger le créancier, ne saurait

(1) Voyez L. 72, D. XLVI, 3; — L. 102, D. *eod.*, etc.

être partielle sans le consentement du créancier; par conséquent, si le débiteur n'avait offert qu'une partie de la somme due, ou le capital sans les intérêts, et que sur la non-acceptation du créancier, il eût consigné cette somme partielle, il ne se serait point libéré, dit la L. 41, § 1, D. XXII, 1; par suite les intérêts de la somme ne cesseraient point d'être dus pour le tout.

La division des obligations entre les héritiers du débiteur et la compensation, sont les deux seules exceptions à la règle que le paiement ne saurait être divisé sans le consentement du créancier; car, ainsi que le remarque Mühlenbruch (1), ni le § 1, Inst. III, 29 (30), ni la L. 9, § 1, D. XLVI, 3, ne sont contraires à la L. 41. En effet, s'il résulte de ces deux textes que le paiement peut avoir lieu pour une partie et que la libération de la dette s'ensuivra pour partie, l'on ne saurait cependant pas en inférer que cela puisse avoir lieu sans la volonté du créancier : ces textes n'envisagent que la possibilité du paiement partiel considéré en soi, possibilité qui existe toutes les fois que l'obligation est divisible, ainsi que le disent formellement la L. 9 et les L. 2, § 1, et 85, § 4, D. XLV, 1. Débiteur d'une somme, dit la L. 9, § 1, D. XLVI, 3, ou débiteur d'un esclave déterminé, de Stichus, je paie la moitié de la somme, ou la moitié de Stichus : je serai libéré pour une moitié, parce que l'obligation d'une somme ou d'un corps certain est divisible. Débiteur d'un *genus*, d'un esclave *in genere*, *qui hominem debet*, dit la loi, je paie la moitié d'un esclave déterminé : ce paiement ne me libère pas même pour une partie, parce que, d'un côté, je ne saurais être forcé à payer l'autre moitié de Stichus, ce serait contraire au droit d'élection que j'ai comme *debitor generis*, et que d'autre part je ne saurais être admis à payer la moitié d'une autre *species*, car cela serait contraire au droit du créancier. Donc, dit la loi, le créancier pourra toujours demander un esclave *in genere*, et le débiteur n'étant libéré pour aucune part, celui-ci pourra payer soit l'autre moitié de Stichus, soit un autre esclave (2). — La même décision se trouve à la L. 2, § 1, et à la L. 85, § 4, D. XLV, 1.

(1) MUHLENBRUCH, *Doctr. Pand.*, § 466, note 7.
(2) Comparez nos explications sur les obligations indivisibles, nos 229 et suivants.

Il résulte à l'évidence de la comparaison de ces textes qu'il s'y agit seulement de savoir quand une obligation est susceptible en soi d'un paiement partiel, en d'autres termes quand elle est divisible ou non. Du reste, en supposant même que l'obligation soit divisible, elle ne saurait cependant s'acquitter d'une manière divise sans le consentement du créancier ou sans une convention formelle à cet égard. Ce principe, énoncé à la L. 41, § 1, D. XXII, 1, est encore confirmé par la L 21, D. XII, 1, qui reconnaît formellement au créancier le droit de refuser le paiement partiel, mais invite le juge à intervenir amiablement pour engager le créancier à ne pas se montrer inhumain. — L'art. 1244 du Code civil autorise le juge à accorder des délais modérés, mais avec réserve.

Si la dette était, en vertu de son titre même, payable en plusieurs termes, et que plusieurs termes fussent échus, le débiteur ferait valablement l'offre de payer un seul terme. D'après cela, un emphytéote qui doit le canon de deux années, peut éviter la déchéance en offrant de payer une année, avant l'échéance de la troisième. Par la même raison, le débiteur d'une rente perpétuelle, en offrant le paiement d'une année d'arrérages avant l'échéance de la deuxième, peut prévenir l'application de l'art. 1912 du Code civil, qui le forcerait au remboursement du capital constitué.

Remarquons qu'en vertu du titre même le paiement pourrait se faire en deux fois, si dans le titre deux lieux différents étaient désignés conjointement pour l'exécution de l'obligation; c'est ce que décide la L. 2, § 4, D. XIII, 4.

977. La chose qui est due, doit être payée dans son espèce; il n'est point permis au débiteur d'y substituer une autre chose sans le consentement du créancier (1). Lorsque la chose due est un *genus*, le débiteur n'est pas obligé de payer la meilleure, ni le créancier d'accepter la plus mauvaise (2).

Quand il s'agit de la livraison de choses fongibles, le débiteur

(1) L. 2, § 1, et L. 3, D. XII, 1.
(2) L. 37 et L. 110, D. XXX.

peut s'acquitter en fournissant des choses de moindre qualité, si la qualité n'a pas été déterminée; mais il faut que les choses ne soient pas vicieuses (1). Toutefois, quand il s'agit de la restitution d'un prêt, cette restitution doit se faire *eadem qualitate ac bonitate* (2). Enfin, quand il s'agit de faits, le débiteur ne peut être contraint précisément *ad faciendum;* mais le créancier a le droit de demander des dommages et intérêts, ou bien d'exiger que le fait soit exécuté aux dépens du débiteur, si l'exécution est possible (3).

978. Pour ce qui est de l'époque du paiement, et du lieu où il doit se faire, nous n'avons plus à en parler ici. Il nous suffira de renvoyer aux explications que nous avons données aux n°s 308 et suivants, complétées par ce que nous avons dit du terme (n°s 142 et suivants) et de la condition (n°s 122 et suivants).

979. De même qu'il y a lieu, en général, à réduire l'obligation en une somme d'argent, constituant les dommages et intérêts, lorsque le débiteur, sans avoir été empêché par une cause fortuite, n'a pu ou voulu l'exécuter, ainsi en certains cas l'obligation de payer une somme peut être convertie en obligation de donner une chose. Ceci est un droit tout-à-fait exceptionnel que Justinien a introduit à la Nov. IV, ch. 3, et que notre législation ne connaît pas. Pour empêcher que le débiteur ne dût quelquefois, à vil prix, se dépouiller de ses biens, Justinien l'a autorisé à offrir à son créancier ses meubles d'abord, et, à défaut de meubles, des immeubles jusqu'à concurrence de ce qu'il devait. La valeur des biens était estimée par le juge, qui au besoin condamnait le créancier à payer au débiteur l'excédant du prix sur la dette. Cette loi a donc introduit une *datio in solutum* que l'on appelle *necessaria,* parce qu'à de certaines conditions elle doit être acceptée par le créancier. — Ces conditions sont :

1° Que le créancier ait poursuivi son débiteur;

2° Que celui-ci n'ait pas trouvé d'acheteur qui ait fait une offre acceptable.

(1) L. 4, D. XXXIII, 6; — L. 52, D. XVII, 1.

(2) L. 3, D. XII, 1.

(3) Comp. Thomasius, *Diss. an promissor facti liberetur praestando id quod interest.* 1736.

Sans ces conditions la *datio in solutum* ne saurait avoir lieu que du consentement du créancier.

980. La dation *in solutum* a une certaine analogie avec la vente; mais il y a entre elles des différences qu'il importe de remarquer.

Voyons d'abord la différence de forme. La dation en paiement consistait dans le *dare,* la simple convention de donner la chose en paiement n'éteignait point l'obligation. Je vous dois 1000 et je conviens que pour ces 1000 je vous donnerai mon champ. Si le champ est donné, ma dette est éteinte; mais elle ne l'est pas auparavant, et elle ne l'est qu'à la condition qu'il y ait *datio,* c'est-à-dire que la propriété, et non pas seulement la possession du champ, soit transférée. Vous devant 1000, je conviens avec vous que mon champ vous est vendu pour 1000 ou pour 1200, et que ce prix se compensera avec ce que je dois : dans ce cas il y a vente et les deux dettes se compenseront avant que le fonds ait été livré; d'un autre côté je ne serai tenu qu'à livrer le fonds et non à vous en rendre propriétaire (1). Il y aurait encore vente, dit Cujas, si le champ était donné seulement sous estimation, si le débiteur disait : je vous donne mon champ que j'estime 1000, ou que j'estime 1200.

Pour ce qui est des effets de la dation en paiement, remarquons qu'elle n'éteint l'obligation qu'à la condition que la propriété ait passé au créancier. Si elle ne lui avait pas été transmise, la créance subsisterait et les cautions ne seraient point libérées (2). Cependant c'est là une conséquence que l'art. 2038 du Code civil, dérogeant à l'ancienne jurisprudence, n'a pas admise : il a déclaré la caution libérée, alors même que le créancier serait évincé par la suite.

Une première différence entre la dation *in solutum* et la vente, consiste donc en ce que l'acheteur, quand même il n'a pas été rendu propriétaire, doit attendre l'éviction avant de pouvoir agir contre le vendeur si celui-ci a été de bonne foi; car il est tenu seulement *ad tradendum*, tandis que celui qui a reçu une chose *in solutum*

(1) Comparez les nos 367, 381, 412, etc.
(2) L. 46, D. XLVI, 3.

peut, dès l'instant où il reconnaît qu'il n'a pas été rendu propriétaire, intenter l'action de sa créance qui n'a pas été éteinte; de plus, s'il a été évincé, il peut aussi intenter l'action *empti utilis* en garantie (1). En optant pour celle-ci, il pourrait obtenir des dommages et intérêts que ne lui procurerait point l'action de sa créance; mais il renoncerait aux garanties dont cette dernière pourrait être affectée (2).

981. Le débiteur n'est pas libéré s'il a payé autre chose que ce qu'il doit au créancier qui s'est trompé; dans ce cas le créancier conserve son action, mais le débiteur peut lui opposer une exception afin que le créancier lui restitue la chose payée, eût-elle été payée sciemment (3). Le débiteur pourrait aussi, s'il avait payé par erreur une chose non due, intenter la *condictio indebiti,* et alors le créancier lui opposerait l'*exceptio doli* s'il n'était prêt à payer la chose qu'il doit.

982. Si la *datio in solutum* a eu lieu par erreur, si celui qui a donné une chose en paiement a cru être débiteur tandis qu'il ne l'était pas, il aura la condiction *sine causa* ou la condiction *indebiti* pour redemander la chose. Il en sera de même si en donnant la chose il s'est trompé seulement sur le montant de la dette, croyant devoir plus qu'il ne devait réellement : il pourra encore en ce cas redemander toute la chose, en offrant toutefois de payer la somme réellement due; il ne sera pas obligé de restreindre la répétition à une quote-part proportionnée à l'excédant qu'il a cru exister, car peut-être n'aurait-il pas donné la chose en paiement, s'il ne s'était pas trompé sur le montant de la dette. Du reste, ni lui ni le créancier ne sauraient être obligés malgré eux à entrer ensemble dans une communauté de droits; c'est pourquoi le débiteur peut et doit reprendre toute la chose, en payant ce qu'il doit réellement.

S'il y a eu vente, si pour éteindre sa dette, une personne qui croit devoir une certaine somme, vend une chose à prix déterminé à condition que ce prix se compense avec ce qu'elle doit, et qu'en-

(1) L. 24, D. XIII, 7.
(2) Comp. Duranton, XII, nº 82.
(3) L. 50, D. XLVI, 3.

suite cette personne trouve qu'elle ne devait rien, la décision sera différente : la vente subsistera, parce qu'elle a sa cause en elle-même, tandis qu'il ne peut y avoir *datio in solutum* lorsqu'il n'y a pas de dette. La vente subsistant, il s'ensuivra que le prix, au lieu de se compenser, pourra être exigé par l'action *venditi;* mais celui qui a vendu, ne sera pas admis à répéter la chose, ni celui qui l'a achetée, à la restituer au lieu du prix; la vente aura tous ses effets.

983. Outre la dation *in solutum*, au moyen de laquelle il peut, dans des cas exceptionnels, se libérer malgré le créancier, le débiteur a aussi, comme moyens de se libérer, la consignation et le dépôt judiciaire, en supposant toutefois que le créancier ait refusé d'accepter un paiement dûment offert, c'est-à-dire, offert avec toutes les conditions concernant les personnes et l'objet du paiement que nous avons déjà exposées, et les conditions de lieu et de temps que nous exposerons ci-après.

Les offres en elles-mêmes, comme condition préalable de la consignation et du dépôt, ne doivent pas consister dans de simples paroles; elles doivent être réelles, c'est-à-dire faites en présence de la chose due; quand il s'agit d'une somme d'argent, les espèces doivent au besoin être comptées en présence du créancier ou de son fondé de pouvoir. Cela fait, si le créancier refuse les offres dûment faites, le débiteur qui veut franchir cet obstacle pour se libérer, déposera et consignera la somme et notifiera le dépôt au créancier, ou au juge si le créancier est absent; il pourra aussi directement s'adresser au juge devant lequel il aurait dû être assigné, afin que celui-ci désigne la personne chez qui la chose devra être déposée (1). Quand il s'agit d'immeubles, le juge nomme un administrateur. Le débiteur d'une quantité de vin, qui a constitué le créancier en demeure, a un moyen tout-à-fait particulier de se libérer : c'est de laisser écouler le vin lorsqu'après nouvelle sommation et après qu'il en a averti le créancier, celui-ci ne fait pas enlever le liquide dans le delai fixé (2).

(1) LL. 6-19, C. IV, 32.
(2) L. 1, § 3, D. XVIII, 6. — Voyez plus haut le n° 335.

Si les offres ont pour effet de dégager le débiteur de la responsabilité de toute faute et du cas fortuit, ainsi que des intérêts moratoires s'il était en demeure, et ne lui laissent plus d'autre responsabilité que celle du dol et de la faute grave, le dépôt ou la consignation faite d'autorité de justice, le libère complétement, arrête le cours des intérêts conventionnels et dégage les cautions et les objets hypothéqués pour la dette (1).

Toutefois, si la consignation libère le débiteur, elle ne le dépouille pas encore de la propriété des objets déposés; il conserve la revendication, et comme déposant, il a aussi l'action *depositi* contre le dépositaire. Le créancier ne devient donc propriétaire de la chose consignée que par l'acceptation, par la prise de possession du dépôt, et à cet effet il a l'action *depositi utilis* contre le dépositaire et la revendication utile contre les tiers. Ce transport des actions qui parait irrégulier, se fait ici en vertu de l'autorité du juge qui y intervient.

De ce qui précède il résulte que tant que le créancier n'a pas réclamé le dépôt, le débiteur peut le reprendre, auquel cas la dette revivra, de telle manière pourtant que les intérêts ne reprendront leur cours qu'à dater de la reprise. Plusieurs auteurs, Voet entre autres, admettent aussi que les cautions demeurent libérées, et les hypothèques données par les tiers éteintes; cependant cette opinion n'est pas fondée sur les textes. D'après la L. 19, C. IV, 32, le dépôt n'éteint réellement la dette qu'à la condition que le débiteur ne le retire point, ou que le créancier l'ait accepté, ce qui rend le retrait impossible. C'est dans le même sens que le Code civil dispose à l'art. 1261 ainsi conçu : Tant que la consignation n'a point été acceptée par le créancier, le débiteur peut la retirer, et s'il la retire, ses codébiteurs ou ses cautions ne sont point libérés.

984. Le paiement doit être prouvé par celui qui s'en prévaut. Il se prouve d'ordinaire au moyen de la quittance donnée par un acte public ou privé. Il se prouve également par témoins et tous autres moyens de preuve, tels que la suppression du titre ou

(1) L. 7, D. XXII, 1; — L. 19, C. IV, 32; — L. 28, § 1, D. XXVI, 7.

la remise du titre faite au débiteur. Cependant, si l'on a recours à la preuve testimoniale pour prouver le paiement d'une obligation qui repose sur un titre écrit, il faut produire au moins cinq témoins (1).

Quant à la suppression du titre et à la possession du titre par le débiteur, ce sont là des faits qui n'établissent que des présomptions de paiement susceptibles d'être détruites par des preuves ou des présomptions contraires, car les titres peuvent avoir été lacérés ou supprimés par un tiers contre le gré du créancier; de même aussi, ils peuvent se trouver par abus de confiance dans la possession du débiteur (2). — La L. 3, C. X, 22, dispense le contribuable qui produit ses quittances des trois dernières années, de faire la preuve du paiement des années précédentes, et la doctrine a étendu cette disposition aux rentes et aux loyers qui se paient à des termes déterminés (3).

985. Le paiement est le mode le plus naturel d'éteindre l'obligation; aussi a-t-il des effets absolus; l'obligation est comme si elle n'avait jamais existé, et avec l'obligation principale s'éteignent aussi toutes les obligations accessoires : *In omnibus speciebus liberationum*, dit la L. 43, D. XLVI, 3, *etiam accessiones liberantur; puta adpromissores, hypothecae, pignora.*

986. Lorsqu'un débiteur doit de plusieurs chefs distincts et qu'une certaine somme qui n'éteint pas toutes les dettes est payée, se présente la question de savoir sur laquelle des dettes, devra s'imputer la somme payée. Nous croyons qu'il faut distinguer le cas où le débiteur ou un tiers fait un paiement, de celui où le créancier, après avoir fait vendre la chose hypothéquée, se paie lui-même.

Au premier cas on peut dire, en règle générale, que le débiteur a le droit de désigner la dette qui doit être éteinte. Au second cas, c'est le créancier qui a ce droit; mais la loi le subordonne à certaines règles. Lorsque le débiteur ou un tiers fait un paiement, ce paiement doit s'imputer sur la dette désignée par lui; mais si en

(1) L. 18, C. IV, 20; — Nov. 90, c. 2.
(2) Comp. L. 14, L. 15, C. VIII, 43; — L. 2, D. II, 14, etc.
(3) Wening, *Pand.*, § 245; — Voet, *Pand.*, XLVI, 3, n° 14.

faisant le paiement, le débiteur ou le tiers omet cette désignation, le créancier peut alors dire sur quelle dette devra se faire l'imputation. Toutefois, cette déclaration du créancier doit être faite à l'instant, afin que le débiteur puisse la contester et retenir la somme s'il y a différend à cet égard. Dans cette première hypothèse, le débiteur ou le tiers qui paie est donc complétement le maître d'imputer le paiement comme il l'entend (1). Si le créancier fait l'imputation par suite du silence du débiteur il ne suffit pas qu'il le déclare à l'instant, il faut encore que l'imputation ne se fasse ni sur une dette contestable ou contestée, ni sur une dette non échue, afin, dit la loi, que l'imputation ait lieu par le créancier comme il la ferait lui-même s'il était débiteur. A défaut de déclaration de part et d'autre, l'imputation se fera d'après les règles que la loi détermine et que nous exposons plus bas.

Si le débiteur a déclaré son intention et que le créancier n'ait pas accepté le paiement, ou que tout en acceptant le paiement il n'accepte pas l'imputation telle qu'elle est faite par le débiteur, quel sera l'effet de la déclaration de celui-ci?

Si le créancier n'accepte pas le paiement, l'existence d'une autre dette n'empêchera pas que le créancier, par les offres faites, ne soit constitué en demeure par rapport à la dette que le débiteur a voulu éteindre. Si le créancier accepte le paiement sans accepter l'imputation indiquée par le débiteur, la dette que le débiteur avait désignée pour l'imputation n'en sera pas moins éteinte, mais la protestation du créancier aura pour effet de constituer le débiteur en demeure par rapport à la dette sur laquelle le créancier aurait voulu faire l'imputation. Ainsi dans les deux cas, la déclaration du débiteur ou de celui qui paie fait loi, lorsqu'elle est faite au moment du paiement.

Quel est l'effet de la déclaration du créancier lorsque le débiteur n'a pas indiqué l'imputation?

La déclaration du créancier, pour avoir quelqu'effet, est soumise à la règle d'équité que nous venons de signaler; elle doit être faite *re praesenti* et comme si le débiteur la faisait lui-même; elle doit

(1) L. 1, D. XLVI, 3.

se rapporter à la dette la plus onéreuse et elle ne saurait se rapporter à une dette contestée ou contestable; d'après cela, la L. 1, D. XLVI, 3, dont le texte est corrompu dans plusieurs éditions par le déplacement de la négation *non*, doit être lue comme suit : *Dummodo in id constituat solutum in quod ipse, si deberet, esset soluturus; id est, non in id debitum quod est in controversia;* mais il ne faut pas lire : *id est in id debitum quod non est in controversia* (1).

Si aucune déclaration n'a été faite quant à l'imputation ni par le débiteur ni par le créancier, la loi détermine l'ordre que voici :

1° Le paiement est imputé avant tout sur la dette dont le non-paiement eût entraîné l'infamie;

2° A défaut de pareille dette, sur celle dont l'existence est reconnue par jugement;

3° Sur celle qui est accompagnée d'une clause pénale. A la dette avec clause pénale sont assimilées les dettes qui portent intérêt, et parmi ces dernières celles qui portent les intérêts les plus élevés, doivent recevoir l'imputation avant les autres;

4° Sur celles dont la dénégation ferait encourir au débiteur la peine du *duplum;*

5° Sur celle pour laquelle il y a gage ou hypothèque;

6° Sur celle qui est l'objet d'un cautionnement;

7° Celle qui peut être poursuivie par voie d'action, doit recevoir l'imputation avant celle qui n'est qu'une obligation naturelle;

8° Enfin la dette où celui qui paie est débiteur principal, doit recevoir l'imputation avant celle où il n'est que débiteur accessoire (2).

987. Lorsque le créancier se paie lui-même par la vente du gage, c'est à lui qu'il appartient de faire l'imputation du paiement. Mais les règles suivantes doivent être observées : 1° l'imputation ne peut être faite sur le capital, tant que les intérêts sont

(1) Comp. Cujas, *Obs.* V, 34.

(2) Voyez sur cette matière les LL. 2, 3, 4, 5 pr., 7, 8, 89 pr., 94, § 3, 97, 103, D. XLVI, 3. — J. Mittag. *De solut. quae fit ab eo qui e plurib. causis debitor alter exist.* 1795.

encore dus (1); 2° si la chose a été hypothéquée pour plusieurs dettes, le plus ancienne recevra d'abord l'imputation; si elles ont une même date, l'imputation se fera proportionnellement sur chacune d'elles. Remarquons que le créancier qui vend la chose hypothéquée, peut après l'extinction de la dette hypothécaire imputer l'excédant du prix sur ses créances chirographaires, et même sur ce qui ne lui est dû que naturellement; il a sur cet excédant un droit de rétention, *jus retentionis qualificatum*. Mais il ne pourrait pas, si avant la vente un créancier postérieur en rang voulait exercer le *jus offerendi*, se prévaloir vis-à-vis de ce créancier de son *jus retentionis*, et il ne serait nullement fondé à exiger de ce créancier le remboursement de ses créances purement chirographaires (2).

988. On appelle *interusurium* la différence entre la quantité nominale d'une dette à terme et improductive d'intérêts, et sa valeur réelle dans un moment donné avant l'échéance du terme. Il peut être question de cette différence :

1° Lorsque les parties conviennent entre elles que la dette à terme sera payée, sauf déduction de la différence de l'*interusurium*, c'est-à-dire, de l'intérêt ou du rapport que la chose payée aurait procuré au débiteur si, au lieu de la payer à l'instant, il l'avait gardée jusqu'à l'échéance. Il faut remarquer que s'il s'agit d'une somme d'argent, par exemple de 1000 francs payables dans deux ans, et qu'il soit convenu qu'au lieu de 1000 le débiteur paiera 600, cette convention est considérée comme usuraire de la part du débiteur; la différence ne peut être que des intérêts légaux. Il faut remarquer encore, que si en règle générale le créancier est forcé d'accepter le paiement avant terme, il n'est pourtant pas obligé de souffrir la déduction de l'*interusurium*, excepté au cas où il s'agit de restitution de la dot, lorsque le mari ne donne pas caution (3). L'intérêt de la femme exige alors que la dot soit restituée de suite, afin que son droit soit conservé, et l'équité exige que le mari retienne l'*interusurium*.

(1) L. 5, § 2-3, et L. 48, D. XLVI, 3.
(2) L. *Un*, C. VIII, 27.
(3) L. 24, § 2, D. XXIV, 3,

2° Il est encore question de l'*interusurium* à la L. 17, § 2, D. XLII, 8, qui décide que si le débiteur qui a fait faillite a payé une créance avant terme, en supposant même qu'il n'y ait pas fraude, les créanciers pourront au moins répéter l'*interusurium*.

3° Enfin il y a lieu à compter l'*interusurium* lorsque l'héritier est chargé de payer différents legs parmi lesquels il y a des legs à terme, et qu'il s'agit d'examiner si les legs sont réductibles du chef de la loi *Falcidia*, car il est évident que les legs à terme ne peuvent être mis sur la même ligne que les legs purs et simples, et qu'ils doivent être diminués de la différence qui constitue l'*interusurium*.

Quant à la manière d'établir cette différence ou de déterminer l'*interusurium* dans un cas donné, il existe trois systèmes différents, qui portent tous les trois les noms de leurs auteurs : le système de Carpzovius, celui de Leibnitz et celui de Hoffmann. Le premier consiste dans la simple déduction de ce qu'eût rapporté la chose due, pendant un temps égal à celui qui s'est écoulé depuis le paiement jusqu'à l'échéance. Ce système est justement repoussé comme erroné et comme conduisant à de fausses conséquences, car au lieu de prendre l'intérêt de toute la chose, on devrait calculer seulement l'intérêt de la chose diminuée de l'*interusurium*. C'est pourquoi Leibnitz et Hoffmann sont tombés à-peu-près d'accord; ils prétendent qu'il faut chercher un capital x qui, si l'on y ajoute les intérêts y qu'il produirait depuis le paiement anticipé jusqu'à l'échéance, donne une somme égale au capital nominal de la dette. Le système de Hoffmann ne diffère de celui de Leibnitz qu'en ce que le premier ne réunit au capital x que les intérêts, tandis que Leibnitz y joint les intérêts des intérêts. Le système de Leibnitz est plus exact en théorie, mais celui de Hoffmann est plus juridique et doit être préféré dans la pratique (1).

(1) Comp. De Schrader, *Civil. Abhand.*, II, n° 2. — Zachariæ, *Uber die rechtige Berechnung des Interusurii*. Gryphiswald, 1831.

DE LA COMPENSATION.

Sommaire.

989. Définition.
990. Notions historiques.
991. Énumération des conditions requises pour que la compensation puisse avoir lieu.
992. Deux obligations nées de délits ne se compensent pas autrement que les obligations nées de contrats.
993. L'obligation *mere civilis* ne se compense pas. — L'obligation naturelle se compense en droit romain.
994. Elle ne se compense pas en droit français.
995. La compensation a été étendue des dettes de choses fongibles, aux dettes d'un même genre, lorsque le choix est aux débiteurs. — Cette dernière condition est essentielle.
996. Quand deux obligations qui ont pour objet des immeubles, ou bien qui ont pour objet un *facere*, sont-elles susceptibles de se compenser?
997. De la dette à terme.
998. De la dette conditionnelle.
999. Ce qu'on entend par dette liquide. — A défaut de cette qualité une contreprestation peut être l'objet d'une demande reconventionnelle. — En quoi la reconvention diffère-t-elle de la compensation?
1000. Le débiteur ne peut opposer en compensation la créance d'un tiers. — Exception au profit de la caution et du codébiteur associé.
1001. Le cessionnaire peut opposer à son créancier, la créance qui a été cédée; de même le débiteur, la créance de celui dont il est devenu l'héritier.
1002. On ne peut compenser avec la créance qu'on a sur un tiers. — Exception, quant au débiteur cédé.
1003. Suite. — Influence de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.
1004. Du cas où une personne, créancière par rapport au pécule castrense, est débitrice de l'héritier des autres biens. — Du pécule profectice.
1005. Effets de la compensation lorsqu'elle a été admise.
1006. Effets de la compensation omise. — L'omission volontaire implique-t-elle seulement renonciation à la compensation, ou bien remise de la créance avec laquelle on l'aurait pu compenser?

---

989. Compenser, c'est décompter ce que je dois à une personne de ce que cette même personne doit, de manière que la différence seule demeure encore due.

La compensation n'exige ni ne présuppose aucune convention qui dispose que par l'effet du décompte l'une des dettes sera éteinte, et que l'autre le sera aussi, au moins à concurrence de la première. Pareille convention, si elle existait, constituerait ou une *solutio* faite en quelque sorte *brevi manu* (1), ou une *datio in solutum*. La compensation dont il s'agit ici se fait même sans la volonté, sans le consentement du créancier; et c'est en ce sens qu'on dit qu'elle se fait *ipso jure*, en vertu de la seule coexistence des deux dettes. Mais elle est en même temps une exception que le débiteur oppose à la demande du créancier; ici quelques considérations historiques sont nécessaires.

990. Cette exception ne fut d'abord admise que dans les *judicia bonae fidei, ex eadem vel pari causa*, car dans ces *judicia* la condamnation se faisait toujours *ex fide bona* et avec la réserve que le défendeur ne devait être condamné qu'à la somme qu'il serait trouvé devoir au demandeur, déduction faite de ce que celui-ci devait lui-même au défendeur en vertu du même contrat : *ex eadem, vel pari causa*. Dans les *judicia stricti juris*, la compen-

(1) Comp. les L. 9, § 9; L. 10 et L. 11, D. XII, 1.

sation ne fut admise régulièrement que depuis Marc-Aurèle, qui a introduit l'*exceptio doli generalis;* de là la règle *dolo facit, qui petit quod redditurus est* (1), que les jurisconsultes ont formulée pour étendre l'exception *doli* à la compensation. Dans les *judicia stricti juris,* la compensation avait lieu nécessairement *ex dispari causa,* car ces *judicia* ont cela de caractéristique, que la cause de l'obligation y est toujours unilatérale; donc, dans ces *judicia* les deux dettes ne pouvaient pas avoir une seule et même cause.

Étant admise dans les *judicia stricti juris, ex dispari causa,* la compensation ne tarda pas à l'être dans les *judicia bonae fidei,* ce qui eut déjà lieu du temps de Paul. Ainsi la compensation fut admise vraisemblablement dans toutes les exceptions personnelles, tantôt en vertu d'une exception proprement dite, tantôt en vertu d'une exception qui, *ipso jure,* était contenue dans l'action, suivant que l'action était *stricti juris* ou *bonae fidei.* Mais déjà sous la procédure formulaire le juge observa la règle : que la compensation qu'il fesait de deux dettes était censée avoir eu lieu comme par elle-même, à l'instant même où la seconde dette avait pris naissance à côté de la première, et c'est là ce que voulaient indiquer les jurisconsultes romains lorsqu'ils disaient que la compensation avait lieu *ipso jure.* Ainsi la compensation s'obtenait par une exception, mais cette exception opérait *ipso jure,* en ce sens qu'elle avait pour effet de faire considérer les dettes compensées, comme éteintes dès l'instant où elles avaient simultanément existé, et cela malgré le créancier et par cela seul que le défendeur s'était prévalu de l'exception.

Tel était l'état de la jurisprudence lorsque Justinien émit sur la même matière (2) une consultation par laquelle il déclara la compensation admissible en toute espèce d'actions, tant dans les actions *in rem* que dans les actions *in personam;* car, d'après ce que nous venons d'exposer et d'après ce qu'on peut conclure de plusieurs textes, la compensation n'était pas admise avant Justinien dans les actions réelles (3).

(1) L. 8, D. XLIV, 4.
(2) L. 14, C. IV, 31.
(3) L. 21, § 2, D. V, 2; — L. 31, § 2, D. V, 3; — L. 48, D. VI, 1.

Au sujet de cette extension aux actions réelles, nous devons faire remarquer que si la compensation a lieu dans ces actions, cela peut s'entendre seulement, soit des dommages-intérêts qui sont dus avec la restitution de la chose, soit de l'estimation de la chose même à laquelle est condamné le *fictus possessor* ou enfin celui qui a laissé périr la chose par sa faute depuis la litis-contestation.

991. Pour qu'il y ait compensation, il faut :

1° Que les deux créances soient susceptibles de produire des effets, ne fût-ce que naturellement.

2° Que les deux dettes aient pour objet des choses qui, selon leur qualité, équivalent l'une à l'autre : *res quae vicissim functionem in genere recipiunt.*

3° Que les deux dettes soient échues. — Nous ne devons pas dire exigibles, comme le dit l'art. 1201 du Code civil, car en droit romain l'obligation naturelle se compense, et cependant elle n'est pas exigible, tandis qu'en droit français elle ne se compense pas.

4° Que les deux dettes soient liquides.

5° Quant aux personnes, que les deux dettes existent entre deux personnes dont chacune soit à la fois créancière et débitrice de l'autre.

Les exceptions que ces règles subissent en cas de cautionnement et de société, seront exposées ci-après.

992. Il faut deux créances, qu'elles aient la même cause ou des causes différentes, qu'elles soient *bonae fidei* ou *stricti juris,* qu'elles naissent d'un contrat ou d'un délit, qu'elles ne constituent qu'une obligation naturelle ou une obligation civile (1).

Les deux dernières propositions méritent quelques explications, car, quant aux obligations qui naissent de délits, il y a des jurisconsultes qui ont donné à la compensation des effets trop étendus. Les L. 36, D. IV, 3, — L. 57, § 3, D. XVIII, 1, — L. 39, D. XXIV, 3, sur lesquelles ils se sont appuyés, ne se rapportent nullement à la compensation proprement dite. Cependant quelques auteurs, parmi lesquels Krug (2), ont conclu de ces textes qu'en

(1) L. 14, C. IV, 31; — L. 10, § 2, D. XVI, 2.

(2) A. O. Krug, *Die Lehre von der Compensation.* Leipzig, 1833, § 33.

matière de délits, lorsque deux personnes se sont rendues coupables l'une à l'égard de l'autre d'un même méfait, leurs prétentions réciproques se trouvent compensées, non seulement dans une certaine proportion mais d'une manière absolue; d'où il résulterait que si, par exemple, A par un délit avait causé à B un dommage de 200 fr., et que B par le même délit eût causé à A un dommage de 1000 fr., A ne pourrait élever contre B aucune espèce de prétention. Cette théorie, qui évidemment répugne à l'équité, ne saurait trouver sa confirmation par les textes que nous venons de citer.

Si Papinien décide à la L. 39, D. XXIV, 3, que lorsque deux époux se sont donné l'un à l'autre de justes sujets de plainte et de divorce, il n'y a pas lieu de leur faire subir la peine qui frappe l'époux fautif, et si nous y lisons les mots : *id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicetur : paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur,* ces mots ne sauraient être susceptibles d'une application générale, car la peine n'est établie ici qu'au profit de l'époux non fautif; la condition pour recueillir le bénéfice de la peine encourue par l'époux fautif, est la conduite irréprochable du conjoint, et cette condition venant à manquer des deux côtés, il est évident qu'aucune peine ne saurait être encourue, quoiqu'il y ait délit en ce sens que l'un et l'autre époux ont par leur conduite provoqué le divorce.

Quant à la L. 36, D. IV, 3, qui porte : *Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent,* il faut remarquer qu'elle se rapporte à un dol commis dans la même cause, et que là on doit appliquer la règle que personne ne peut se prévaloir de son dol pour en tirer un bénéfice. Quand il s'agit au contraire de délits séparés, le demandeur ne se fonde pas sur un fait qui implique aussi dol de sa part, il se fonde exclusivement sur le dol du défendeur, et réciproquement le défendeur sur un autre dol du demandeur; il y a prétention de part et d'autre : les deux prétentions ne peuvent donc se détruire d'une manière absolue qu'à la condition que le dommage causé de part et d'autre soit égal. La même remarque s'applique à la L. 57, D. XVIII, 1.

993. Nous avons dit que l'obligation purement naturelle peut

se compenser avec une autre dette, aussi bien que l'obligation civile. Il n'en est pas de même de l'obligation *mere civilis*, c'est-à-dire de l'obligation à laquelle on pourrait opposer une exception perpétuelle ; *quaecunque per exceptionem perimi possunt*, dit la L. 14, D. XVI, 2, *in compensationem non veniunt*.

L'obligation naturelle sert à la compensation, parce qu'opposée à une obligation à la fois civile et naturelle, elle détruit le lien naturel et ne laisse plus subsister qu'une obligation purement civile, c'est-à-dire une obligation tout-à-fait inefficace. Du reste, si l'obligation naturelle n'autorise pas le créancier à se faire payer et à intenter une action, elle l'autorise pourtant à retenir ce qui a été payé; or la compensation, lorsqu'elle est invoquée, est une espèce de paiement qui est censé avoir lieu *ipso jure, seu necessitate juris*. C'est pourquoi la L. 6, D. XVI, 2, dit en termes généraux que l'obligation naturelle peut se compenser : *Etiam quod natura debetur, venit in compensationem*.

994. Il en est autrement dans notre droit; d'après le Code civil, le paiement de l'obligation naturelle, pour qu'il ne puisse être répété, doit avoir été fait volontairement; d'où il suit que le débiteur ne saurait opposer une créance naturelle, puisqu'en l'opposant il en obtiendrait le paiement contre le gré du créancier. En droit français l'obligation naturelle ne se compense donc pas (1).

995. Il faut pour la compensation que les deux dettes aient pour objet ou une somme d'argent, ou des choses fongibles de la même espèce (2). Nous disons des choses fongibles de la même espèce, car le créancier ne saurait être forcé d'accepter autre chose que ce qui lui est dû. Ainsi l'on ne saurait pas compenser du froment avec du vin ou avec de l'argent. — Le Code civil, à l'art. 1291, admet cependant la compensation de grains et denrées dont le prix est réglé par des mercuriales, avec des sommes liquides et exigibles.

On ne saurait pas même compenser des choses fongibles avec des choses fongibles de la même espèce, si la qualité de ces

(1) Voyez l'art. 1367 du Code civil et plus haut les nos 40 et suivants.

(2) Gaius, Inst. IV, § 66; — Paul, *Sent.* II, 5, § 3; — L. 18, D. XIII, 7; — L. 13, § 2, D. XX, 1.

choses avait été déterminée et qu'il y eût différence quant à celle-ci. Ainsi, l'on ne saurait compenser une mesure de vin non qualifié, avec une mesure de vin d'une qualité déterminée. Cependant, bien que les sources du droit romain ne fassent mention que de choses qui se consomment par l'usage, nous ne saurions hésiter à admettre avec les interprètes la compensation entre deux dettes qui auraient pour objet un *genus* de même nature; mais il faut bien remarquer que, dans ce cas, la compensation ne saurait être admise que dans l'hypothèse où les deux débiteurs ont conservé le choix.

Il n'en serait pas de même au cas où les deux créanciers auraient le choix; car la compensation ne s'y présente plus comme nécessaire, mais seulement comme possible, comme pouvant être acceptée. En effet, supposez que comme créancier ayant le choix, je vous actionne pour avoir tel cheval que je choisis : il dépendra bien de vous de m'opposer la compensation, puisque vous pouvez dire : le même cheval que vous me demandez en vertu de votre choix, je puis le demander moi-même en vertu de mon choix. Mais si vous pouvez opposer la compensation, vous ne serez pas obligé de la souffrir; vous pouvez, de votre côté, intenter votre demande, et les demandes intentées, les deux obligations de génériques qu'elles étaient, seront converties en obligations d'une *species* : donc point de compensation; tandis que s'il s'agissait de deux dettes d'un *genus*, au choix des débiteurs, et que ces débiteurs également créanciers, eussent intenté leurs demandes, celles-ci laisseraient subsister l'obligation d'un *genus*. Tel est le motif pour lequel deux dettes d'un même *genus* au choix des débiteurs se compensent, tandis que deux dettes d'un même *genus* au choix des créanciers ne se compensent pas.

Encore moins y aurait-il lieu à compensation de deux dettes d'un *genus*, si l'une des parties avait le choix et comme débiteur et comme créancier. Si je vous dois un cheval *in genus* et que vous me deviez un cheval déterminé, je puis bien opposer la compensation, mais vous ne pouvez pas me l'opposer; donc pas de compensation, car la compensation est un acte nécessaire pour les deux parties; elle a lieu *ipso jure*, elle est un paiement réciproque

et nécessaire. Quand il y a deux dettes d'un *genus*, il n'y a donc réellement compensation que lorsque les deux débiteurs ont le choix.

996. Non seulement les choses fongibles de la même espèce, et les *genera*, lorsque les débiteurs ont le choix, sont susceptibles de se compenser, mais encore les quotités indivises des immeubles, car un tiers ou un quart de tel ou tel immeuble équivaut exactement au tiers ou au quart du même immeuble. Ainsi il y aura compensation, si étant votre créancier pour le tiers de tel immeuble, je deviens héritier de celui qui vous devait le tiers du même immeuble. Pareillement, les obligations même d'un *facere*, lorsque l'obligation est indéterminée, comme par exemple l'obligation *operarum*, l'obligation d'une ou plusieurs journées de travail, peuvent se compenser. Enfin les *species* même sont encore l'objet de la compensation lorsque la dette étant liquide, a été convertie par la condamnation en une somme d'argent. C'est donc la condamnation qu'il faut considérer pour décider si les prétentions sont susceptibles de se compenser ou non (1).

997. Il faut que les deux dettes soient échues, car si la créance qu'on oppose en compensation ne l'était pas, on priverait le débiteur du bénéfice du terme : *Quod in dies debetur*, dit la L. 7, D. XVI, 2, *non compensabitur antequam dies venit, quamquam dari oporteat.*

Si cependant le débiteur ne tenait le bénéfice du terme ni de la convention ni du testament, mais que par la loi ou par le créancier lui-même il eût obtenu un terme de grâce, ce terme ne serait pas un obstacle à la compensation; ainsi la L. 16, § 1, D. XVI, 2, admet la compensation avec un débiteur condamné, pendant que le délai des quatre mois à dater de la condamnation est encore ouvert; le motif de cette disposition est que le délai que la loi accorde au condamné pour satisfaire le créancier, n'est qu'un délai de grâce.

998. Si l'on ne peut donc, en règle générale, opposer en compensation une créance à terme, à plus forte raison ne peut-on

(1) L. 14, C. IV, 31.

opposer une créance conditionnelle; car une créance conditionnelle ne constitue pas une dette proprement dite, mais seulement une espérance. Cela est si vrai que la loi autorise la répétition de la dette conditionnelle acquittée par erreur. Comment dès-lors pourrait-on opposer la compensation, c'est-à-dire un paiement forcé, à celui qui ne doit même pas, puisqu'il ne devra que si la condition s'accomplit (1).

999. Il faut que les dettes soient liquides; par-là on entend que la dette et la quotité qui en est l'objet, soient incontestées, *ut appareat an et quantum debeatur,* ou que du moins elles soient susceptibles d'être prouvées sommairement et promptement par des preuves que le défendeur a dans les mains. Dans ce cas le juge pourrait quelque peu différer la condamnation pour laisser au défendeur qui invoque la compensation, un délai moral pour la prouver. Il faut, dit la L. 14, C. IV, 31, que la *causa compensationis* soit : *Liquida et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare.*

Mais s'il y avait des doutes fondés sur l'existence de la dette, si elle ne pouvait être établie que par une instruction ou par le débat d'un compte, ou qu'il y eût des exceptions à faire valoir contre elle, cette dette pourrait bien faire l'objet d'une demande en reconvention, mais ne serait point susceptible de compensation. Or, entre la compensation et la reconvention il y a cette différence, que la compensation lorsqu'elle est admise, opère *ipso jure,* c'est-à-dire rétroactivement et de telle sorte qu'une dette est censée avoir éteint l'autre dès l'instant où la deuxième dette a pris naissance, que par conséquent dès cet instant les intérêts ont cessé de courir, soit que les deux dettes aient porté intérêts ou seulement l'une d'elles, que de plus les cautions et hypothèques ont été éteintes (2); tandis que la reconvention est un droit qui appartient au défendeur élevant à son tour contre son demandeur une prétention non encore liquide, droit qui consiste :

1° A saisir le même juge de la contestation alors même que le

(1) L. 18, D. XII, 6; — L. 14, D. XVI, 2.
(2) L. 4, D. XVI, 2; — LL. 4, 5, 12, C. IV, 31.

demandeur, devenu défendeur eu égard à la demande reconventionnelle, aurait dû, en cette qualité, être cité devant le juge de son domicile;

2° A faire suspendre la décision sur la première demande jusqu'au jugement de la demande reconventionnelle, afin que le cas échéant la compensation puisse s'établir, mais seulement à partir du jugement et sans aucune espèce de rétroactivité. C'est surtout par ce second caractère que la demande reconventionnelle, alors qu'elle est fondée, diffère de la compensation dont la nature est d'opérer rétroactivement à l'insu et malgré les parties.

1000. Nous avons dit que les deux dettes, pour qu'elles soient susceptibles de compensation, doivent exister entre les mêmes personnes, de telle sorte que l'une soit à la fois créancière et débitrice de l'autre. De là découlent ces conséquences :

1° Le débiteur ne saurait opposer en compensation la créance d'un tiers;

2° On ne saurait opposer à son créancier la créance que l'on a sur un tiers;

3° On ne saurait avec la créance que l'on a soi-même sur le créancier d'un tiers, éteindre la dette de ce tiers, quoique du reste on puisse payer pour un tiers.

De la première proposition il suit que le tuteur ne saurait opposer à son créancier à qui il doit en nom personnel, c'est-à-dire abstraction faite de sa qualité de tuteur, une créance que son pupille aurait sur le même créancier. Le tuteur qui doit à celui qui est débiteur du pupille, peut et doit même prendre des précautions afin que le pupille soit payé; mais jamais il ne saurait s'établir entre ces deux dettes une compensation proprement dite; jamais, si la créance sur le tuteur portait intérêt, le cours de ces intérêts ne saurait être arrêté par une dette que le créancier du tuteur pourrait avoir contractée envers le pupille; et réciproquement, si le tuteur poursuivait une créance du pupille, le débiteur ne saurait lui opposer une créance qu'il aurait sur le tuteur en nom personnel.

De la première proposition il suit encore que le débiteur principal ne saurait se prévaloir de la créance de la caution sur le créancier, ni le codébiteur de la créance d'un des codébiteurs non

associés sur le créancier (1). En effet, si le débiteur principal est assigné par le créancier, il ne peut pas lui dire : Vous agissez frauduleusement, puisque ce que je vous paierais, vous devriez me le rendre; car le créancier-demandeur ne devrait le rendre qu'à la caution qui ne doit rien au débiteur principal.

Cependant il en serait autrement à l'égard de la caution si elle invoquait la créance acquise par le débiteur principal contre le créancier, comme à l'égard des codébiteurs solidaires, si ceux-ci étaient des associés; dans ces deux cas, en effet, la règle qu'on ne peut compenser avec la créance d'un tiers, souffre exception. La caution peut compenser avec la créance du débiteur principal, aussi bien qu'avec sa propre chose. Si la caution, dit la L. 5, D. XVI, 2, est devenue créancière du créancier, et que le débiteur principal soit aussi devenu créancier du créancier, la caution a le choix d'opposer en compensation soit sa propre créance, soit celle du débiteur principal, car la caution a le droit d'opposer au créancier toutes les exceptions réelles que pourrait lui opposer le débiteur (2). En effet, la caution ne saurait jamais être obligée à plus que le débiteur principal; de plus, la caution peut forcer d'abord le créancier à discuter les biens du débiteur principal.

Quant aux débiteurs solidaires, ils peuvent l'un compenser avec la créance de l'autre lorsqu'ils sont associés; car le débiteur poursuivi peut dire au créancier : ce que vous me demandez, mon associé pourra vous le redemander, et je pourrai le lui redemander à mon tour, de même que mon codébiteur dont la créance est éteinte par mon exception, aura son recours contre moi. Il y a plus : le créancier d'une société, qui a pour coobligés solidaires les associés et qui s'oblige envers l'un des associés solidaires, s'oblige réellement envers la société, de même que celle-ci est vis-à-vis de lui débitrice ou créancière (3). Sous ce point de vue donc, il n'est pas rigoureusement exact de dire qu'il y a exception à la règle qu'on ne peut compenser avec la créance d'un tiers, lorsque le codébiteur compense avec la créance de son codébiteur associé.

(1) L. 10, D. XLV, 2.
(2) L. 12, D. XLIV, 1.
(3) L. 10, D. XLV, 2.

1001. Il n'y a pas non plus exception à cette règle, lorsque le débiteur oppose à son créancier, par forme de compensation, une créance dont il est devenu cessionnaire, car par l'effet de la litiscontestation le *procurator in rem suam* prend réellement la place du créancier vis-à-vis du débiteur (1). Il n'y en a pas davantage lorsque le débiteur oppose à son créancier la créance de celui dont il est devenu l'héritier pour sa part héréditaire, car l'héritier et le défunt ne font qu'une seule et même personne.

1002. On ne peut opposer en compensation la créance qu'on a sur un tiers. Il suit de là que celui qui est créancier d'un pupille, mais débiteur du tuteur en nom personnel, ne peut opposer au tuteur qui le poursuit, la créance qu'il a sur le pupille.

Cependant cette règle souffre exception, en ce sens que le débiteur cédé, à qui la cession a été notifiée, quoique par l'effet de la notification il soit considéré comme débiteur du cessionnaire, peut cependant opposer au cessionnaire la créance qu'il a sur le cédant, pourvu que cette créance soit antérieure à la cession. Cela provient de ce que la cession ne saurait avoir lieu au préjudice du débiteur, et de ce que le cédant ne saurait transférer au cessionnaire plus de droits qu'il n'en avait lui-même; d'où la conséquence que si le cédant a dû souffrir une exception, une réduction de sa créance, le cessionnaire doit la souffrir par cela même. En un mot, le débiteur cédé s'acquittera envers le cessionnaire de la même manière qu'il se serait acquitté envers le cédant. Toutefois, pour que le débiteur cédé puisse opposer au cessionnaire sa créance sur le cédant, il faut que cette créance soit antérieure à la notification qui lui a été faite de la cession; si elle était postérieure à la notification de la cession, elle ne saurait plus être opposée au cessionnaire, car par la notification le cédé est censé débiteur du cessionnaire; par conséquent il est censé ne plus être débiteur du cédant, puisqu'il ne se libère plus en payant à ce dernier. Donc, si l'on suppose que la créance est postérieure à la cession notifiée, le débiteur cédé n'aura jamais été à la fois débiteur et créancier du cédant, ni réciproquement celui-ci créancier et dé-

(1) L. 18, D. XVI, 2.

biteur du cédé; et il est partant impossible qu'il y ait compensation (1).

1003. Mais il n'y a pas d'exception à la règle que l'on ne peut opposer en compensation la créance qu'on a sur un tiers, si le débiteur oppose à son créancier une créance qu'il a sur la personne à laquelle a succédé son créancier, car la succession opère unité de personne et par conséquent réunion sur la même tête, de la qualité de créancier et de débiteur. Cependant, si j'ai accepté sous bénéfice d'inventaire et que dans la succession que j'ai recueillie, le passif excède l'actif, mon débiteur ne peut m'opposer la créance sur mon auteur qu'à concurrence de ce que cette créance lui aurait valu, si, avec les autres créanciers, il avait été payé au marc le franc. Si la succession n'était pas encore liquidée, mon débiteur ne pourrait invoquer la compensation qu'en promettant de restituer la déduction qui eût été opérée sur sa créance au cas où elle n'aurait été payée qu'après la liquidation.

1004. Remarquons cependant que l'on pouvait être créancier d'un fils de famille eu égard à son pécule castrense, et débiteur de l'héritier des autres biens, sans pouvoir invoquer la compensation, car le fils, à l'égard du pécule castrense, était considéré comme père de famille; de sorte que les *bona castrensia*, d'un côté et tous les autres biens de l'autre côté, formaient deux successions distinctes, comme si ces biens avaient été délaissés par des personnes différentes, et de cette séparation devait résulter que le débiteur de l'héritier des *bona extra-castrensia* ne pouvait opposer à cet héritier la créance qu'il avait sur le pécule castrense (2).

Ce n'est pas non plus par exception à la règle qui nous occupe, que le débiteur du père peut opposer à celui-ci la créance qu'il a acquise en contractant avec le fils dans les limites du pécule profectice, car le père lui-même est censé avoir contracté par le fils; mais le père, à moins d'avoir donné des ordres ou d'avoir ratifié le contrat, n'est tenu de souffrir la compensation qu'à concurrence du pécule. Toutefois, lorsque le père se prévaut d'un contrat passé

(1) L. 3, C. VIII, 42.
(2) L. 16, D. XVI, 2.

par le fils pour intenter une action contre l'autre partie contractante, il ratifie par cela même la gestion du fils, et dès lors le tiers défendeur peut lui opposer en compensation toute la créance qu'il a acquise en contractant avec le fils. C'est sur ces considérations qu'est basée la L. 9, D. XVI, 2, lorsqu'elle dit : Si j'ai contracté société avec un fils de famille ou avec un esclave et que le père ou le maître intente contre moi l'action *pro socio*, je puis lui opposer en compensation toute prétention que j'ai acquise contre le fils ou contre l'esclave, quoique, si je faisais valoir cette même prétention par voie d'action, le père et le maître ne fussent tenus qu'à concurrence du pécule.

1005. La compensation, lorsqu'elle est admise, a pour effet d'éteindre la dette *ipso jure*, c'est-à-dire dès l'instant où la créance a pris naissance, comme si en ce même instant il y avait eu paiement réciproque. Ainsi, invoquer et établir la compensation, c'est moins éteindre une dette que prouver qu'en droit et en équité elle est déjà éteinte; il suffit donc que le débiteur principal ou accessoire se prévaille de cette extinction pour que réellement tous les effets de la compensation rétroagissent. De là il suit :

1° Que dès l'instant où le débiteur est devenu créancier, les cautions sont libérées, les droits de gage et d'hypothèque sont éteints (1).

2° Que dès le même instant, les intérêts ont cessé de courir, peu importe que des deux créances l'une seulement ait été productive d'intérêts, car une créance improductive ne se compense pas moins avec une créance qui porte intérêt. En effet, le défendeur n'en est pas moins autorisé à dire au demandeur : Si vous m'aviez payé ce que vous me deviez, je vous aurais payé la même somme. Il aurait donc éteint le capital, au moins à concurrence de la somme dont son créancier était débiteur envers lui; donc aussi jusqu'à concurrence de la même somme, les intérêts n'ont pu courir. S'il en est ainsi des intérêts conventionnels, à plus forte raison ne peut-il être question d'intérêts moratoires. La peine elle-même ne peut être réclamée, si avant l'échéance le créancier

(1) L. 14, D. XVI, 2; — L. 12, C. IV, 33.

est devenu débiteur du débiteur et que la créance ait été complètement éteinte par la compensation (1).

Enfin c'est encore parce que la compensation, lorsqu'elle est opposée, prouve qu'une dette est éteinte, que Paul dit à la L. 21, D. XVI, 2, que celui qui a été constitué mandataire d'un absent, et qui est obligé de cautionner la ratification du maître, s'il intente une action au nom du maître, est dispensé de cette formalité lorsqu'il fait valoir une créance par forme de compensation; car par là il n'établit pas un droit nouveau, il ne fait que démontrer, comme dit Paul, qu'une prétention qu'on élève contre son maître n'existe pas.

Il nous reste à faire remarquer, quant aux effets de la compensation, que si le créancier est demandeur de plusieurs chefs, il devra imputer la compensation sur la créance que le défendeur prétend avoir éteinte. En général, comme la compensation tient lieu de paiement, on suit les règles que nous avons données plus haut (au n° 986) sur l'imputation du paiement.

1006. La compensation, lorsqu'elle est omise volontairement, laisse dans tous les cas subsister la créance que le défendeur n'a pas opposée en compensation; par conséquent il ne tient qu'à lui de poursuivre cette créance par voie d'action; car en supposant que le défendeur ait omis volontairement la compensation, on peut bien en conclure qu'il a voulu y renoncer, mais on ne saurait en induire qu'il a voulu renoncer à sa créance. Si la renonciation à un droit peut être tacite, elle ne saurait se présumer, elle ne saurait être déduite que de faits qui n'admettent aucune autre interprétation. Il est d'ailleurs tels cas où le défendeur peut avoir de bons motifs pour ne pas opposer la compensation; par exemple si sa créance produit une intérêt élevé.

Il pourrait en être autrement si avec l'omission concourraient encore d'autres circonstances; par exemple si la compensation était omise plusieurs fois de suite et volontairement, et que cela eût lieu entre proches parents où l'intention de donner se présume facilement. On devrait dans ce cas admettre la renonciation à la créance

(1) L. 17, § 3, D. XXII, 1.

même, comme le décide la L. 26, D. XXII, 3; donc on aurait tort de conclure que l'omission réitérée de la compensation seule, serait envisagée comme un renonciation au droit de créance.

Si la compensation a été omise involontairement, parce que le défendeur ignorait qu'il eût une créance à opposer à celle qu'il a payée, il aura le choix, ou de faire valoir ultérieurement sa créance, ou de répéter comme indû le paiement qu'il a fait; car la créance à laquelle on aurait pu opposer une exception perpétuelle, est censée payée indûment lorsque l'exception a été omise involontairement ou par erreur (1). Mais, dira-t-on, à quoi bon la condiction *indebiti* si le débiteur qui a omis la compensation conserve sa créance? Nous répondons que l'utilité de la condiction se fait sentir lorsque le débiteur n'avait à opposer à son créancier qu'une obligation naturelle, qui ne lui donne aucun droit d'action mais qui aurait cependant servi à la compensation.

Il est à remarquer, du reste, que toutes les exceptions qu'on appelle perpétuelles parce qu'elles ne sont pas de forme ni simplement dilatoires mais qu'elles sont fondées sur l'équité, peuvent être opposées en tout état de cause, tant que le jugement n'est pas passé en force de chose jugée. Il y a plus : l'exception de la compensation peut être opposée, de même qu'une quittance, tant que la sentence n'a pas été exécutée (2). En effet, cette exception ne tend ni à contredire ni à infirmer le jugement; elle constitue une espèce de satisfaction donnée au jugement même.

1007. Si la compensation a été opposée mais non admise, il y a lieu de distinguer si le juge a simplement disjoint la cause, par le motif que la prétention dont on excipait n'était pas liquide, ou si statuant sur le mérite de cette contreprétention il l'a déclarée non fondée. Dans le dernier cas le défendeur ne pourra plus, si le jugement est passé en force de chose jugée, faire valoir la prétention qu'il a opposée en compensation, car elle serait repoussée par l'exception *rei judicatae* (3). Au premier cas au contraire, le débiteur conserve son droit et pourra être admis à le faire

(1) L. 24, D. XII, 6.
(2) L. 2, C. IV, 31.
(3) L. 7, § 1, D. XVI, 2; — L. 8, § 2, D. III, 3; — L. 1, § 4, D. XXVII, 4.

valoir reconventionnellement si le juge n'est pas incompétent *ratione materiae*, c'est-à-dire, à raison du *genus causarum*. C'est ainsi que le défendeur attrait devant une juridiction exceptionnelle, ne pourrait pas opposer en reconvention une prétention civile; le juge consulaire devrait dans ce cas se déclarer incompétent, et renvoyer le défendeur devant la juridiction ordinaire.

La reconvention est fondée sur la L. 14, C. VIII, 45, où Justinien invoque l'autorité de Papinien. Cette loi soumet généralement le demandeur auquel est opposé une demande reconventionnelle, à accepter le juge devant lequel il a lui-même cité le défendeur. Cependant il faut remarquer que, dans notre droit, si le juge est incompétent *ratione materiae,* il devra renvoyer la demande devant le juge ordinaire. S'il est incompétent *ratione quantitatis* ou *personae,* c'est-à-dire à raison de la somme demandée ou à raison du domicile du défendeur, rien ne l'empêchera de juger par reconvention.

1008. Toute compensation est une espèce de rétention, parce que celui qui compense retient ce qu'il doit. C'est pour ce motif que les mots *retentio* et *compensatio* sont quelquefois employés indifféremment l'un pour l'autre (1). Mais on ne peut pas dire réciproquement que celui qui retient, compense, car il y a entre la compensation et la rétention plusieurs différences.

Ainsi la compensation exige deux dettes, ayant pour objet des choses de même espèce, tandis que le droit de rétention ne fait que servir de garantie à une créance et peut être exercé quelle que soit la nature de l'objet dû. Celui qui ayant pu compenser, ne l'a point fait, par ignorance, peut par la *condictio indebiti* redemander ce qu'il a payé, tandis que celui qui a négligé d'invoquer le droit de rétention, ne peut pas réclamer la chose sur laquelle il pouvait l'exercer. La possession est une condition essentielle de l'exercice du droit de rétention; elle n'est pas exigée pour la compensation. C'est ainsi que la caution poursuivie par le créancier, peut compenser avec la créance du débiteur principal, tandis qu'on ne

(1) L. 7, § 5, D. XXIV, 3; — L. 5, D. XXXIII, 4; — L. 11, C. IV, 34.

saurait s'emparer des choses du débiteur qui se trouvent en tierces mains, pour exercer le droit de rétention (1). Enfin la compensation a lieu dans des cas où la rétention ne serait pas admise; ainsi le mari peut compenser ce que la femme lui a détourné, avec la dot qu'il doit restituer, tandis qu'il ne pourrait pas opposer le droit de rétention à la demande en restitution de la dot. De plus, la rétention exige la connexité de la créance avec la chose qu'on retient, tandis que la compensation ne l'exige point.

1009. La compensation peut en règle générale être opposée à toute personne, aux personnes morales (corporations, cités, fisc), comme aux particuliers. Cependant, en ce qui concerne le fisc, il y a des exceptions :

1° La compensation ne peut être opposée d'une trésorerie à l'autre, c'est-à-dire qu'on ne saurait compenser avec une dette qu'on aurait contractée envers la trésorerie de telle province, la créance qu'on aurait acquise sur la trésorerie d'une autre province, car cela entraverait la comptabilité (2).

2° La compensation ne peut être opposée au fisc dans les cas suivants : *a*) Lorsqu'on est débiteur d'un prêt en argent comptant; *b*) lorsqu'on doit des contributions ou des sommes qui ont déjà reçu une destination fixe, qui sont affectées par exemple à l'armée, à l'entretien des pauvres, etc.; enfin *c*) lorsqu'on est débiteur du fisc pour avoir acheté de lui (3).

1010. Il y a deux espèces de dettes qu'on ne peut pas éteindre par la compensation : 1° le dépôt, 2° la dépossession injuste ou violente.

Le dépositaire, alors même que les choses déposées sont des choses fongibles, est toujours débiteur d'un corps certain; donc, déjà d'après les principes généraux, la compensation est inadmissible. Mais ce n'est pas seulement la compensation qui est refusée au dépositaire : le droit de rétention lui est également interdit par la **L. 11, C. IV, 34.** Le dépôt se fonde en effet sur une confiance

(1) L. 5, D. XVI, 2.

(2) L. 1 et L. 3, C. IV, 31.

(3) Voyez les L. 46, § 5, D. XLIX, 14; — L. 3, C. IV, 31; — L. 17, D. XVI, 2; — L. 7, C. IV, 31.

toute particulière du déposant envers le dépositaire, et la loi ne veut pas que cette confiance soit trompée; elle exige que dans tous les cas le dépositaire demeure fidèle à l'intention du déposant et lui restitue le dépôt à sa première demande (1).

Malgré la L. 11, il y a des commentateurs qui ont pensé que le dépositaire pouvait retenir le dépôt au moins pour les impenses nécessaires qu'il aurait faites à la chose déposée, et ils ont cité à l'appui de leur opinion un passage de Modestin que l'on trouve dans la *Collatio legum romanarum et mosaicarum* et qui dans ce cas admet la rétention. Mais il faut répondre que ce passage n'ayant pas été recueilli dans le Digeste, il faut s'en tenir à la L. 11, C. IV, 34, qui exclut le droit de rétention dans des termes tels qu'ils s'appliquent également à la rétention pour cause d'impenses, puisque la rétention dans ce cas se fait valoir sous la forme de l'exception *doli*, et que cette exception même est déclarée non admissible en matière de dépôt.

Quant aux prétentions qui sont nées d'une possession injuste, on ne peut pas non plus opposer à celui qui est créancier de ce chef, une créance qu'on aurait acquise sur lui; car en matière de possession, il existe un principe certain, c'est que toujours et avant tout le lésé doit être restitué : *spoliatus ante omnia restituendus*. Or ce serait y déroger que d'admettre que la compensation puisse être opposée à celui qui a été injustement dépossédé. Ainsi on ne peut opposer à celui qu'on a dépossédé, et aux condamnations que celui-ci aurait obtenues pour dommages-intérêts, aucune créance à titre de compensation.

1011. La question de savoir si on peut opposer en compensation une créance prescrite, dépend de cette autre question, à savoir si la prescription est une exception qui porte atteinte au fondement naturel de l'obligation, ou si elle ne fait disparaître que le fondement civil, laissant subsister l'obligation naturelle. Au premier cas, il est évident qu'on ne saurait opposer en compensation une dette déjà prescrite quand l'autre dette a pris naissance. Au second cas, la prescription même accomplie au moment où la

(1) Voyez plus haut le nº 827.

seconde dette a pris naissance, n'empêcherait pas le créancier de la créance prescrite de l'opposer en compensation, parce qu'on peut en droit romain opposer en compensation une dette naturelle.

Or nous avons vu plus haut que la prescription éteint jusqu'à la dette naturelle; il nous suffira donc pour la solution de la question posée de renvoyer à cette première discussion (n° 33).

1012. La diversité des lieux où doit se faire le paiement des deux créances, n'est pas un obstacle à ce que la compensation puisse être invoquée et à ce que la compensation ait lieu *ipso jure*, pourvu que les autres conditions voulues pour la compensation existent; car la différence des lieux n'empêche pas les créances d'être liquides; seulement, le juge aura à s'enquérir si les choses dues respectivement avaient plus ou moins de valeur dans un endroit que dans l'autre, et en conséquence il condamnera la partie qui devait payer là où le prix des choses dues était comparativement inférieur, à payer la différence, si cette différence elle-même n'est couverte par la compensation (1).

1013. Celui qui est assigné en paiement d'une créance et qui oppose la compensation, n'est pas pour cela censé reconnaître la dette. La compensation est une exception; elle est un moyen de défense dans le sens large du mot, car peu importe que je nie le fondement de l'action, ou que je lui oppose une exception qui en paralyse l'effet. Ainsi l'entend la L. 112, D. L, 17, qui dit fort bien : *Nihil interest ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur*. Or un moyen de défense employé n'exclut pas un autre moyen, il est de l'intérêt du défendeur d'user du moyen qui lui paraît le plus à sa portée; le défendeur seul en est juge; et il serait tout-à-fait hors de propos de le priver d'un moyen, parce qu'il en a employé un autre (2). Le défendeur, si la compensation qu'il a invoquée a été écartée, peut donc encore se défendre autrement et contester la demande. Donc l'exception de la compensation ne saurait impliquer l'aveu de la dette.

1014. Celui qui est débiteur et créancier d'un failli peut-il op-

(1) L. 15, D. XVI, 2.
(2) L. 8 et L. 9, D. XLIV, 1; — L. 43, D. L, 17.

poser au *curator bonorum* qui le poursuit, la dette qui lui est due par le failli?

Il faut ici distinguer : Oui, il le peut si la créance qu'il oppose au *curator bonorum* était échue, était liquide avant la faillite, car la compensation, lorsqu'elle réunit les conditions voulues par la loi, a lieu *ipso jure,* c'est-à-dire qu'elle sera censée avoir eu lieu avant la faillite, si elle est invoquée. Donc, de même qu'elle aurait pu être opposée au failli, elle peut l'être au *curator bonorum* représentant la masse des créanciers, qui sont au droit du failli et qui de même que le cessionnaire, sont passibles de toutes les exceptions qu'on aurait pu opposer au failli (1).

Il faut répondre *non* si la créance qu'il oppose n'est échue que depuis la faillite, car la compensation est une espèce de paiement; par la compensation qu'il oppose celui qui est à la fois créancier et débiteur du failli, est censé faire le paiement de sa dette; or dès qu'il y a faillite, le failli dessaisi de l'administration de ses biens est devenu incapable de recevoir un paiement quelconque : il faudra donc que le débiteur du failli paie à la masse, et qu'il fasse valoir la créance non échue avant la faillite, en concours avec les autres créanciers; que par conséquent, comme ceux-ci, il soit payé au marc le franc.

(1) L. 24, D. XLII, 6.

Sommaire.

1015. Toute remise, tout acte libératoire qui n'a pas lieu par testament, a le caractère d'une convention et exige une acceptation expresse ou tacite.
1016. Comment généralement les conventions se dissolvent en droit romain.
1017. De l'acceptilation.
1018. Du *contrarius dissensus.* — Quelles sont les obligations qu'il dissout et à quelles conditions? — De l'acceptilation appliquée aux contrats consensuels.
1019. Du *pactum de non petendo.* — Il n'opère que par forme d'exception. — Il est *in rem* ou *in personam.* — Quand peut-il être invoqué par la caution?
1020. Quand le *pactum de non petendo* peut-il être invoqué par le codébiteur solidaire.
1021. Le mandant peut-il invoquer l'exception du pacte, quand le mandataire qui a fait le prêt *ex mandato,* en a fait remise à l'emprunteur?
1022. Quel est l'effet du pacte *de non petendo* intervenu entre l'un des créanciers solidaires et le débiteur?
1023. D'une exception au principe qu'on ne saurait promettre pour autrui, introduite par un décret de Marc-Aurèle qui assujettit la minorité des créanciers d'une succession obérée à l'avis de la majorité, si celle-ci consent à faire une remise à l'héritier.
1024. Suite. — Cette remise peut-elle être invoquée par la caution?
1025. La L. 58, § 1, D. XVII, 1, n'est pas devenue inutile par l'introduction du bénéfice d'inventaire. — Cession de biens. — L. *ult.*, C. VII, 71, et art. 519 et suivants du Code de commerce.
1026. Le serment n'a ni la nature ni les effets du pacte *de non petendo* mais il a plutôt ceux du jugement et de la novation.

1015. Lorsque la remise d'une dette ne se fait pas par testament, elle exige régulièrement un accord entre le créancier et le débiteur, une acceptation expresse ou tacite; en d'autres termes, elle doit constituer une convention proprement dite. C'est ce qui

est établi par la L. 91, D. XLVI, 3, et par les LL. 9 et 17, D. XXXIX, 5. De sorte qu'en règle générale la remise d'une dette se fait par testament ou par convention. Faite par testament, elle constitue le *legatum liberationis*, et dès l'ouverture de la succession elle donne au débiteur le droit d'opposer l'exception, ou bien elle lui donne l'action *ex testamento* au moyen de laquelle il peut demander sa libération formelle. Faite autrement que par testament, elle requiert l'acceptation expresse ou tacite; c'est ce que les lois citées disent d'une manière formelle, et ni la L. 26, D. XXII, 3, ni les LL. 53 et 23, D. XLVI, 3, ne sont contraires à cette règle.

Pour ce qui est de la L. 26, en vertu de laquelle l'omission de la compensation, plusieurs fois réitérée entre proches parents, implique renonciation à la créance, elle prouve précisément que si la renonciation a opéré libération, c'est parce qu'elle a été faite et acceptée tacitement. En effet, de même que celui qui fait plusieurs paiements sachant qu'il peut compenser, est censé donner à son proche parent, de même celui qui demande et accepte le paiement sachant qu'il pourrait y avoir lieu à la compensation, est censé accepter la libéralité.

Quant à la L. 53, il en résulte bien qu'un tiers peut, en payant, libérer le débiteur à son insu et même contre son gré, et que par ce paiement il est censé faire une libéralité ou donner, mais si dans cette espèce la libéralité existe sans acceptation, peut-être même contre le gré du débiteur, c'est que celui qui paie pour un tiers avec l'intention de donner, pose un acte qui doit profiter non seulement au débiteur mais encore au créancier, et qu'il serait contraire aux principes que le débiteur par son refus pût empêcher le créancier d'accepter le paiement, que lui aussi peut considérer comme une libéralité. Il en est tout autrement de la remise d'une dette, acte qui intéresse exclusivement le créancier et le débiteur, et auquel la règle de la L. 69, D. L, 17, *invito beneficium non datur*, s'applique complétement, ainsi que le prouvent les L. 91, D. XLVI, 3, et LL. 9 et 17, D. XXXIX, 5, déjà invoquées. En un mot, le paiement de la dette du tiers intéresse aussi le créancier; or, la règle citée ne s'étend pas au cas où un

autre que celui qui doit profiter de la libéralité, est également intéressé à l'acte, et c'est par ce motif qu'elle ne s'applique ni au cas de la L. 23, ni à celui de la L. 53; lorsqu'un tiers intervient pour le débiteur, soit qu'il se constitue lui-même débiteur, soit qu'il entreprenne de défendre le débiteur en justice, en contestant le litige, ce n'est pas seulement le débiteur libéré, c'est aussi et tout autant le créancier qui tire son profit de cet acte (1).

Il demeure donc établi que la remise n'est pas un acte unilatéral, et que pour avoir des effets elle doit être acceptée au moins tacitement; que par conséquent elle n'est autre chose qu'une convention entre le créancier et le débiteur.

Le droit français est conforme sur ce point au droit romain. L'art. 1211 prouve que le Code civil exige également l'acceptation du débiteur.

1016. Quand les jurisconsultes romains comparent les modes dont les divers contrats se dissolvent *ipso jure* avec les modes de formation, ils disent que les contrats se dissolvent *re*, *verbis* et *dissensu* (2). La *res* est aussi bien un mode général d'éteindre toute obligation, que le mode particulier de dissoudre les contrats qui se parfont *re*. Les *verba*, c'est-à-dire l'acceptilation, sont le mode particulier de dissoudre *ipso jure* la *verborum obligatio*; enfin le *dissensus* est le mode propre aux obligations nées d'un contrat consensuel.

Nous avons déjà traité du paiement (*res*); il nous reste à traiter de l'acceptilation, du *mutuus dissensus*, et enfin du *pactum de non petendo*, autre mode de libération.

1017. Quoique l'acceptilation ne s'appliquât primitivement qu'aux obligations nées de la stipulation, on en a fait un moyen d'éteindre *ipso jure* toute espèce d'obligations, même les obligations nées de délits et de quasi-délits. Pour appliquer ce mode d'extinction à ces dernières, il fallait d'abord les transformer en obligations *verborum* au moyen de la stipulation, et ensuite y appliquer l'acceptilation dont la forme était : *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? — Habeo* (3).

(1) Comp. la L. 8, § 5, D. XLVI, 2.
(2) L. 80, D. XLVI, 3.
(3) L. 23, D. XLVI, 4.

L'acceptilation doit être assimilée au paiement; elle libérait le débiteur principal, les cautions, les codébiteurs solidaires; en un mot, elle effaçait l'obligation avec tout ce qui en dépendait.

La stipulation au moyen de laquelle on novait d'autres obligations, afin de les rendre susceptibles d'être éteintes par l'acceptilation, fut généralement appelée *stipulatio Aquiliana,* du nom du jurisconsulte Aquilius Gallus. Hugo a démontré que cette stipulation était déjà usitée avant ce jurisconsulte, et que celui-ci n'a fait que rédiger une formule pour le cas où le créancier voulait faire remise à son débiteur de toute prétention quelconque qu'il pouvait avoir contre lui, de sorte que cette novation générale est la seule qui se soit faite au moyen de la stipulation *Aquiliana* (1).

1018. Par le *mutuus dissensus* se dissolvent toutes les obligations qui ne reposent que sur la convention; telles sont les obligations qui naissent de contrats consensuels, des *pacta pretoria* ou *legitima.* Cependant, comme le mandat et la société se dissolvent aussi par la volonté d'une seule des parties, les jurisconsultes romains, toutes les fois qu'ils énumèrent les contrats qui se dissolvent par le *mutuus dissensus,* ne mentionnent que la vente et le louage (2).

Toutefois, ce n'est que *re integra* que les contrats consensuels se dissolvent ainsi, c'est-à-dire si le contrat n'a pas encore reçu son exécution de part ni d'autre, car s'il y a eu exécution ou s'il y a eu obligation, non seulement *consensu* mais encore *re,* les jurisconsultes romains disent, conformément à la règle que nous trouvons à la L. 80, D. XLVI, 3, que le contrat ne peut plus se dissoudre *solo dissensu,* mais qu'il faut en outre une restitution volontaire. Ainsi, lorsqu'une vente a été contractée, et que le prix ou seulement une partie du prix a déjà été payé, qu'ensuite il a été convenu entre parties que la vente serait dissoute, l'acheteur n'a pas d'action pour répéter la partie du prix qu'il a payée, la vente subsiste malgré le dissentiment réciproque, malgré le pacte,

(1) Voyez §§ 1 et 2, Inst. III, 29 (30).
(2) L. 23, D. XLVI, 4; — § 3, Inst. III, 29 (30), etc.

et l'acheteur n'aura d'action que pour forcer le vendeur à exécuter le contrat.

Il en eût été autrement, dit la L. 2, C. IV, 45, si l'acheteur, au lieu de payer une partie du prix, avait donné seulement des arrhes, car les arrhes ne sont pas données en exécution du contrat, mais en garantie, soit de la convention, soit de son exécution. Les arrhes laissent la *res integra;* par conséquent, si après la vente avec arrhes il y a dissentiment réciproque, la vente sera dissoute, et les arrhes pourront être répétés comme un *sine causa datum* (1).

Mais quand il y a *res*, c'est-à-dire exécution, il faut pour la libération qu'il y ait encore *res* ou restitution. La L. 58, D. II, 14, nous fournit une application de ce principe : je vous ai vendu un fonds et je vous l'ai livré; avant tout paiement nous convenons que vous me restituerez le fonds, et que vous ne me paierez pas le prix; vous me restituez le fonds immédiatement : dans ce cas le contrat sera dissous, car il y a *dissensus* et *res*, de même qu'il y avait eu *consensus* et *res;* vous ne me devez plus le prix, parce qu'il importe peu que la *res* soit encore *integra*, ou qu'elle ait été restituée par les parties *in integrum*. Le pacte qui suivait ici la vente déjà exécutée d'une part, ne pouvait pas avoir à lui seul pour effet de forcer l'acheteur à restituer le fonds, parce qu'à moins qu'une convention résolutoire ne soit conditionnellement renfermée dans le contrat de vente même comme cela a lieu dans la *lex commissaria* et dans l'*in diem addictio*, on ne peut pas en vertu d'une convention postérieure, intenter une action à l'effet de faire dissoudre un contrat qui a été exécuté. Il en serait autrement si ce pacte ou cette convention postérieure constituait une seconde vente, car il est de règle que pour demander soit l'exécution, soit la résolution du contrat de vente, on ne peut intenter que les actions *empti* ou *venditi* (2).

L'acceptilation a le même effet que le dissentiment réciproque, et même s'il n'y a pas encore eu d'exécution de part ni d'autre,

(1) L. 2, C. IV, 9. — Voyez plus haut le nos 172 et suivants.

(2) Voyez la L. 2, D. XVIII, 5.

l'acceptilation que l'une des parties donne à l'autre, a pour effet de libérer les deux parties, de dissoudre tout le contrat. S'il y a eu exécution d'une part, l'acceptilation donnée par celui qui a exécuté, n'a d'autre effet que de libérer celui à qui l'acceptilation a été donnée (1).

1019. Nous avons vu plus haut que sauf le cas où l'obligation est née d'un vol ou d'un délit d'outrage, le *pactum de non petendo* n'éteint l'obligation que *per exceptionem*, et que cela s'applique au lien naturel comme au lien civil (2). Quant à la règle : *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est : ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur* (L. 35, D. L, 17), il ne saurait s'ensuivre que le pacte fasse disparaître *ipso jure* une obligation qui ne subsiste pas *ipso jure*; le pacte fait disparaître le pacte, à la vérité, mais naturellement, c'est-à-dire par forme d'exception et non *ipso jure* (3).

Le pacte de *non petendo*, à moins qu'il n'ait été formellement restreint à la personne, par exemple *a te solo non petam, ab heredibus petam*, peut être invoqué par le débiteur et par ses héritiers.

Peut-il être aussi invoqué par la caution ? Quant au *pactum in rem*, cela ne peut pas subir le moindre doute, car s'il ne pouvait être invoqué par la caution, il ne profiterait pas même au débiteur principal, attendu que la caution qui aurait payé aurait contre le débiteur libéré l'action *mandati*. C'est pourquoi la L. 21, § 5, D. II, 14, pose en règle générale que les *pacta in rem* profitent aux tiers, toutes les fois que celui à qui la remise a été faite, y est intéressé. Or le débiteur principal qui a obtenu la remise, est intéressé à ce que l'exception née du pacte puisse être invoquée par la caution. Mais réciproquement, si la remise a été faite à la caution, le débiteur principal ne pourra pas opposer l'exception; car la caution n'a aucun intérêt à ce que le débiteur

(1) Comp. L. 23, D. XLVI, 4; — L. 56, D. II, 14, etc.
(2) L. 27, § 2, D. II, 14. — Voyez les nos 955 à 960.
(3) L. 17, § 2, D. II, 14.

principal soit libéré, alors qu'elle-même est protégée par l'exception du *pactum de non petendo*.

Si le *pactum de non petendo* était *in personam*, si le créancier avait dit : *non petam a te solo, ab heredibus petam*, la caution pourrait-elle encore opposer l'exception? Directement, elle ne le pourrait pas, car la règle de la L. 21, § 5, n'est établie que pour les pactes *in rem*. D'ailleurs par le pacte l'exception est strictement attachée à la personne. Cependant il y a un moyen indirect par lequel la caution peut, sinon se prévaloir elle-même de l'exception, au moins parvenir à en profiter : c'est le *beneficium ordinis* ou *excussionis*. En effet, supposez que dans notre hypothèse le créancier actionne la caution de Pierre; cette caution, en vertu du *beneficium ordinis*, dira : actionnez d'abord Pierre, le débiteur principal, et si vous n'êtes pas satisfait, je réponds du reste. Le créancier devra donc s'adresser à Pierre, qui lui opposera le *pactum de non petendo*, et de cette manière le *pactum* profitera indirectement à la caution.

1020. La remise faite à l'un des codébiteurs solidaires peut-elle être invoquée par les autres?

Dans cette question, comme dans toutes celles qui touchent à cette matière, il ne faut pas perdre de vue la règle posée à la L. 21, § 5, D. II, 14, règle qui elle-même ne fait que modifier ce principe général, que les effets des conventions doivent être renfermés dans les limites tracées par l'intérêt des parties contractantes, et que chacun devant être juge de ses intérêts, l'on ne saurait partant stipuler et pactiser que pour soi. S'il résulte de ce dernier principe qu'on ne peut, en règle générale, se prévaloir d'un pacte auquel on est demeuré étranger, il est pourtant naturel d'admettre qu'on peut s'en prévaloir lorsque celui-là même qui a pactisé, y est intéressé (1). Appliquant cette règle à la question, il faudra distinguer si les codébiteurs solidaires sont associés ou non. S'ils sont associés, la remise faite à l'un profite à tous, c'est-à-dire que tous pourront invoquer l'exception du pacte, car si un seul se trouvait dans l'impossibilité de l'invo-

(1) L. 73, D. L, 17, combinée avec la L. 21, § 5, D. II, 14.

quer, et qu'il fût obligé de payer la dette, le pacte serait éludé, le pacte ne profiterait pas même à celui qui aurait pactisé, puisqu'en vertu de l'action *pro socio*, ce dernier devrait faire raison de sa part au coassocié qui aurait payé la dette.

Si les codébiteurs solidaires ne sont pas associés, l'exception du pacte *de non petendo* ne peut être invoquée par les codébiteurs qui n'ont pas pactisé, car il n'importe nullement à celui qui a pactisé que les autres puissent se prévaloir de l'exception, puisqu'alors même qu'ils doivent payer ils n'auront aucun recours contre celui qui a obtenu la remise.

Il en serait autrement de l'acceptilation. Donnée à l'un des codébiteurs solidaires, elle libérerait tous les autres parce qu'elle opère *ipso jure*, qu'en d'autres termes elle est assimilée au paiement.

1021. Le *mandator pecuniae credendae* peut-il invoquer l'exception du pacte *de non petendo*, lorsque son mandataire qui a fait le prêt a fait remise à l'emprunteur? En d'autres termes, je donne mandat à Titius de faire un prêt à Sempronius; Titius fait ce prêt, mais il fait remise de la dette à l'emprunteur; ensuite Titius intente contre moi l'action *mandati contraria*, en remboursement de la somme qu'il a prêtée à Sempronius; pourrai-je lui opposer, moi mandant, l'exception du pacte *de non petendo?*

Je ne le pourrai pas, d'après la règle posée à la **L. 21, § 5, D. II, 14**, car Sempronius avec qui Titius a pactisé, n'est pas intéressé à ce que je me serve de l'exception du pacte. Mais, quoique je ne puisse me servir de l'exception du pacte *de non petendo* envers Titius, je pourrai pourtant repousser sa demande par une autre exception, par l'exception *non impleti contractus*. En effet, Titius mon mandataire ne peut exiger de moi le remboursement de la somme que, selon mon mandat, il a prêtée à Sempronius, avant qu'il ne me cède l'action qu'il a acquise contre Sempronius; or, comme cette action est infirmée par une exception, comme le débiteur Sempronius peut opposer au concessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant, l'action que me céderait Titius n'en serait pas une, et partant je ne serai pas

obligé envers Titius du chef du prêt qu'il a fait à Sempronius, et je pourrai repousser son action par l'exception *non impleti contractus* (1).

1022. Pour juger des effets du pacte *de non petendo* intervenu entre le débiteur et l'un des créanciers solidaires, il faut encore partir du principe que de même qu'on ne peut stipuler pour autrui, de même on ne peut promettre pour autrui, et que de même que par sa convention on ne peut porter profit à un tiers, de même aussi on ne peut lui nuire. Il suit de là que si l'un des créanciers promet de ne pas poursuivre le débiteur, cette promesse ne saurait engager les autres créanciers, puisqu'elle ne les engagerait pas même si on avait formellement promis au débiteur que les autres créanciers ne le poursuivraient pas. Tels sont les principes. Au cas où les créanciers solidaires sont associés, qu'arriverait-il cependant si le principe était suivi à la rigueur? — Il arriverait que contrairement à la foi du pacte, le créancier qui aurait fait la remise au débiteur pourrait obtenir de ce même débiteur sa part de la créance; en effet, si un autre créancier poursuivait le débiteur, le créancier poursuivant rapporterait le paiement à la masse, et le créancier qui a fait la remise, viendrait en prendre sa part. C'est pourquoi le débiteur peut exciper de la remise qui lui a été faite par l'un des créanciers solidaires, envers les autres créanciers, lorsque ces créanciers sont associés; mais il ne le peut pas sans réserve, car il exciperait du pacte d'un tiers; il ne le peut qu'à raison de la part qui reviendrait au créancier remettant; il retient cette part qui sera censée payée à celui qui a fait la remise.

Si au contraire les créanciers solidaires ne sont pas associés, le *pactum de non petendo* ne pourra être opposé qu'au créancier qui a fait sa remise, et la règle qu'on ne peut promettre pour autrui conservera toute son autorité.

1023. Le principe qu'on ne peut promettre pour autrui, qu'on ne peut par convention nuire à des tiers qui ne sont pas parties au contrat, d'où nous avons conclu que le débiteur qui a obtenu remise d'un créancier solidaire, n'est pas libéré envers les autres créan-

(1) L. 93, §§ 10 et 11, D. XLVI, 3.

ciers, souffre une exception qui se trouve à la L. 7, § 19, D. II, 14, et qui se rapporte à une succession obérée que l'héritier hésite d'accepter et que les créanciers ont pourtant intérêt de voir accepter, afin qu'elle soit liquidée sans frais, et qu'ils obtiennent au moins leur paiement au marc le franc de leurs créances. Pour protéger cet intérêt, en vertu d'un décret de Marc-Aurèle, la minorité des créanciers est soumise à l'opinion de la majorité qui consent à faire à l'héritier une remise des créances, afin qu'acceptant la succession, l'héritier soit chargé de la liquidation sans autres frais. Les créanciers forment cette majorité, non pas selon leur nombre, mais selon le montant de leurs créances. Si, dit la loi, il y avait de part et d'autre un nombre égal de créanciers et que la somme de leurs créances fût encore égale, alors les créanciers les plus dignes formeraient la majorité; si à cet égard, il y avait encore égalité, le préteur ferait valoir l'opinion la plus indulgente, et par conséquent la remise devrait encore avoir lieu (1).

La volonté de la majorité des créanciers ainsi déterminée, exerce son empire sur les créanciers absents aussi bien que sur ceux qui ont été présents (2). Mais la majorité ne saurait éteindre ni les droits des créanciers hypothécaires, ni ceux des créanciers privilégiés, qui seront toujours payés avant les créanciers chirographaires, suivant l'ordre de leurs créances. Elle ne saurait anéantir les droits de ces créanciers qui n'ont pas même besoin d'être présents pour les conserver, car ils ne peuvent en être déchus que par leur propre mouvement. Telle est la décision de la L. 58, § 1, D. XVII, 1.

Cette décision paraît être contredite par Ulpien à la L. 10, D. II, 14, en ce qui concerne les créanciers privilégiés. Mais avant de voir ce qui en est de cette opposition apparente, remarquons que le privilége par lui-même, s'il n'est pas uni à l'hypothèque, n'accorde au créancier qu'un droit de préférence personnelle, un droit qui par conséquent ne prime que les autres créanciers chirographaires, mais qui est primé par l'hypothèque. Les créanciers

(1) Comparez l'art. 507 du Code de commerce.

(2) L. 10, D. II, 14.

privilégiés donc, d'après la L. 10, seraient également soumis à la décision de la majorité, et leurs créances seraient réduites sur le même pied que celles des autres créanciers chirographaires.

Sous le bénéfice de cette remarque, voyons s'il y a réellement opposition entre la L. 10 et la L. 58. Que dit cette dernière? que le droit du créancier qui a un gage ou un privilége, est conservé. Que dit la L. 10? elle ne dit aucunement que le droit du créancier privilégié sera anéanti par le concordat de la majorité, elle dit seulement que sa créance sera réduite au taux convenu; or on n'en saurait conclure que le créancier privilégié soit privé du privilége, c'est-à-dire du droit de demander avant les autres créanciers chirographaires le paiement de sa créance ainsi réduite. Sa créance est réduite comme celles des autres créanciers chirographaires, puisque lui-même n'est qu'un créancier chirographaire, un créancier qui n'a qu'un titre personnel. C'est pour cela que la L. 10 distingue les créanciers privilégiés des créanciers hypothécaires, dont toute la créance est payée par le prix de la chose qui est engagée, qui est affectée à la garantie. Toutefois, le privilége est conservé à la créance, c'est-à-dire qu'au taux où elle est réduite, la créance privilégiée doit être payée avant les autres créances chirographaires, et c'est en cela que la L. 58, § 1, assimile le privilége à l'hypothèque. Donc il n'y aucune opposition entre les deux lois que nous venons d'examiner.

Sous l'empire du droit moderne, où le privilége et l'hypothèque ont les mêmes effets, en ce sens qu'ils ne deviennent droits réels à l'égard des tiers que par l'inscription, on peut trouver extraordinaire qu'il puisse y avoir une différence quelconque entre le privilége et l'hypothèque; aussi, sous le Code de commerce, la jurisprudence sépare-t-elle entièrement non seulement les créanciers hypothécaires, mais aussi les créanciers privilégiés des créanciers chirographaires (1). Mais sous la législation romaine, où le privilége à lui seul n'est envisagé que comme un droit de préférence personnelle, un droit qui par conséquent

(1) Pardessus, *Cours de Droit commercial*, n° 1255. — Arrêt de Cassation de Bruxelles du 17 mars 1824 (*La loi belge du 18 avril 1851 sur les faillites contient à cet égard une disposition expresse, à l'art.* 513).

n'affecte pas spécialement les biens, elle se trouve toujours primée par l'hypothèque qui affecte les biens. Les dispositions des LL. 10 et 58 y découlent donc directement de la nature de l'hypothèque et du privilége.

1024. La remise obtenue en vertu du décret de Marc-Aurèle par l'héritier du débiteur, ne peut pas être invoquée par la caution, si elle n'a été faite en même temps à celle-ci; vainement on objecterait que le débiteur principal ayant été libéré par la remise, la caution devrait l'être par cela même, n'étant qu'accessoirement obligée. Cette règle serait applicable si la remise avait lieu volontairement, si elle était faite soit par libéralité, soit en vue de quelque avantage particulier; elle ne peut être invoquée ici, la remise s'y faisant pour la seule conservation de la créance même. Malgré la remise, la caution devra donc payer le tout; mais elle ne pourra réclamer la créance du débiteur principal que déduction faite de la réduction. En effet, dans une créance cautionnée, ce n'est pas le créancier, mais la caution qui accepte la foi du débiteur; donc en cas d'insolvabilité partielle ou totale, la caution doit en souffrir. La caution après avoir payé intégralement, viendra donc au marc le franc avec les autres créanciers chirographaires

Si cependant, dit la même L. 58, le créancier au lieu d'attaquer la caution, avait attaqué le débiteur, et qu'il eût reçu le paiement de sa créance au taux où elle était réduite, il ne pourrait pas attaquer la caution pour le surplus. La loi donne pour motif que le créancier ayant eu la faculté d'attaquer la caution aussi bien que le débiteur, est présumé avoir voulu supporter la réduction par cela seul qu'il a attaqué le débiteur.

Il est à remarquer, quant à cette dernière partie de la L. 58, qu'elle est implicitement abrogée, puisqu'elle n'est plus en harmonie avec le *beneficium excussionis* ou *ordinis* accordé par Justinien aux cautions (1), bénéfice qui force le créancier de s'adresser d'abord au débiteur principal, d'où la conséquence que sous Justinien, en admettant que le créancier ait attaqué le débiteur princi-

(1) Nov. 4, ch. 1.

pal, on ne saurait plus en conclure qu'il ait consenti à faire aussi la remise à la caution, car d'un fait nécessaire on ne saurait tirer une présomption de volonté.

1025. L'exception établie par le décret de Marc-Aurèle, ne l'a été que pour engager les héritiers à accepter la succession d'un débiteur obéré, et pour éviter la vente des biens, et les frais de séquestre, d'inventaire et de liquidation. En faut-il conclure que le bénéfice d'inventaire introduit par Justinien, a rendu inutile le décret de Marc-Aurèle, puisque ce bénéfice garantit à l'héritier qu'il ne sera tenu que jusqu'à concurrence du montant de la succession, et que partant le sacrifice d'une portion de la créance n'étant plus nécessaire, l'obligation de la minorité de se conformer à la majorité, ne peut plus être considéré comme imposée dans l'intérêt bien entendu de la minorité même, considération sur laquelle est basée le décret de Marc-Aurèle? Mais la réponse est facile. Quoique le bénéfice d'inventaire ait pour effet de dérober l'héritier à la chance d'ajouter du sien pour payer les dettes de la succession, les créanciers d'une succession obérée n'en sont pas moins intéressés à consentir spontanément une remise à l'héritier, afin d'éviter les frais d'inventaire, de séquestre, les ventes forcées, dans lesquelles les objets sont ordinairement vendus au-dessous de leur valeur réelle; et si la majorité des créanciers le juge ainsi, il serait injuste qu'une minorité moins éclairée pût l'empêcher de prendre une mesure favorable à la fois à l'intérêt de tous les créanciers et à celui du débiteur.

La disposition du décret qui nous occupe, a été étendue analogiquement par Justinien au cas où, lors de la cession de biens offerte par le débiteur, une partie des créanciers consentent à laisser au débiteur un délai de cinq ans avant d'accepter la cession, afin de procurer au débiteur de bonne foi l'occasion de rétablir ses affaires. Dans ce cas, suivant la L. *ult.*, C. VII, 71, pour que les créanciers qui opinent pour le délai, forment la majorité, il suffit qu'ils aient pour eux soit la majorité numérique, soit la majorité d'intérêt, la décision dût-elle dépendre d'un seul créancier dont l'intérêt fût plus considérable que celui des autres créanciers réunis.

1026. Quelques auteurs, parmi lesquels Mühlenbruch (§ 473), enseignent que le serment déféré produit les mêmes effets que le pacte *de non petendo*, parce que le serment déféré ne renferme qu'une pacte *de non petendo* conditionnel, comme si le demandeur disait au défendeur : si vous affirmez sous serment que vous ne me devez rien, je me désisterai de ma poursuite.

Cette opinion est contraire à ce que les lois romaines disent de la nature et des effets du serment (1). En effet, le serment en soi est un moyen de preuve, il suppose que le créancier ait intenté ou veuille intenter sa demande, mais que n'ayant pas de preuves suffisantes, il s'en rapporte à la preuve du serment, de telle sorte que le serment équivaut à un jugement en dernier ressort. C'est ce que la L. 26, § 2, D. XII, 2, exprime en ces termes : *Jusjurandum habet et instar judicii*. Selon cette même loi et celles qui la suivent, le serment a aussi de l'analogie avec la novation. La L. 26, § 2, dit encore : *Jurisjurandi conditio ex numero esse potest videri novandi, delegandive; quia proficiscitur ex conventione*. Le serment a de l'analogie avec la novation, car une fois déféré sur la créance, celle-ci est éteinte, et ne revit point, quels que soient les moyens de preuve que l'on puisse découvrir plus tard (2). Le serment crée une obligation nouvelle, il devient pour les parties un jugement sans appel, une loi suprême. La créance est donc éteinte si le serment a été prêté sur la non-existence de la créance même. D'où il suit que le serment prêté par l'un des débiteurs solidaires, libère tous les autres; que le serment déféré par l'un des créanciers, nuit à tous les autres, ainsi que le porte textuellement la L. 28, D. XII, 2; tandis qu'il en serait autrement s'il ne s'agissait que du *pactum de non petendo*.

Enfin, le serment déféré à la caution profite au débiteur principal, pourvu toutefois que le serment ait été déféré à la caution sur l'existence ou la non-existence de la dette, car il pourrait aussi être déféré seulement sur l'existence ou la non-existence du cau-

(1) L. 26, § 2; L. 27 et L. 28, D. XII, 2.
(2) L. 2, D. XII, 2; — L. 2, C. IV, 1.

tionnement, auquel cas certes le serment ne préjugerait rien. Il en est encore tout autrement du *pactum de non petendo*.

De tout cela il suit que le serment ne saurait être considéré comme un pacte *de non petendo* conditionnel, ni quant à sa nature, ni quant à ses effets. Il participe de la novation et du paiement, mais c'est avec le jugement qu'il s'identifie le plus.

L'art. 1365 du Code civil attribue au serment les mêmes effets que ceux que le droit romain lui attribue à la L. 28, D. XII, 2, excepté que le serment déféré par le créancier solidaire ne nuit qu'à ce créancier et non aux autres, de même que la remise faite par l'un des créanciers solidaires ne nuit qu'à ce créancier. On ne peut conclure de là que le Code ait envisagé le serment comme une remise conditionnelle, car d'après le Code aussi le serment prêté par la caution profite au débiteur principal.

DE LA NOVATION.

Sommaire.

1027. De la novation dans le sens propre et légal du mot.
1028. De la division de la novation, quand on prend ce mot dans son seus doctriual, 1° En novation nécessaire et novation volontaire;
1029. 2° En novation privative et novation cumulative, ou plutôt en privative et modificative.
1030. De la forme de la novation volontaire, et des conditions qu'elle requiert.
1031. Des personnes qui peuvent faire novation, *a.* en stipulant *novandi causa.*
1032. *b.* En promettant.
1033. Quelles obligations peuvent être novées?
1034. De l'obligation qui doit prendre la place de la première.
1035. Suite. — 1° Cas où le débiteur promet autre chose que ce qu'il doit.
1036. Suite. — 2° Cas où il promet la même chose, mais de telle manière qu'il y ait changement dans la *causa debendi.*
1037. De l'*animus novandi.* — La L. 8, C. VIII, 42, a-t-elle dérogé à la règle : *Eadem vis est taciti ac expressi?*
1038. Conditions sous lesquelles il faut admettre la novation tacite : il faut, en l'absence de déclaration expresse des parties, que l'existence de la première obligation soit incompatible avec celle de la seconde.
1039. Des cas où l'on ne saurait admettre la novation : 1° Le vendeur s'oblige, en vertu d'une stipulation, à donner la chose qu'il devait livrer; — 2° Titius promet ce que je dois déjà; — 3° Un terme, une condition ou bien une stipulation pénale est ajoutée à une obligation.
1040. Suite. — Explication de la L. 44, § 6, D. XLIV, 7. — Peut-elle se concilier avec la L. 8, C. VIII, 42.
1041. La dation en paiement n'opère pas novation. — Si le créancier n'est pas rendu propriétaire de la chose donnée en paiement, la caution n'est donc point libérée.
1042. Disposition différente du droit français.
1043. Effets de la novation en général. — Exception pour le contrat de société entre créanciers ou codébiteurs solidaires.
1044. De la novation désignée sous le nom de délégation. — Transition.

1027. La novation, dans le sens propre du mot, est une espèce de paiement. Le créancier est satisfait par la substitution à une première créance qui est éteinte, d'une créanee nouvelle, soit sur le débiteur de l'aneienne, soit sur un tiers. Aussi la novation volontaire a-t-elle tous les effets du paiement. On la définit généralement : une transformation d'une obligation en une obligation nouvelle, faite de telle manière que la première soit entièrement éteinte (1). Cependant eette définition ne s'applique qu'à la novation volontaire, à la novation eonventionnelle; ear remarquons que l'on distingue aussi, d'après la L. 29, D. XLVI, 2, une novation nécessaire, laquelle modifie plutôt la première obligation qu'elle ne l'éteint eomplétement : à savoir la novation qui résulte de la litiseontestation et de la *res judicata*.

1028. C'est pourquoi Mühlenbruch, suivant en cela des auteurs estimés, a, en définissant la novation, élargi la notion de la définition légale de la L. 1, D. XLVI, 2. D'après sa définition doetrinale, la novation est un ehangement quelconque que subit une obligation : *novatio est obligationis mutatio* (§ 474), et partant de là il établit différentes distinetions dont la novation devient susceptible. Ainsi eet auteur la divise, non seulement en novation volontaire et néeessaire, mais encore en novation privative et cumulative, ou plutôt privative et modifieative. La novation volontaire est celle qui n'a lieu qu'en vertu du consentement des parties. La novation nécessaire résulte de la loi; telle est la novation de la *litiscontestatio* et de la *res judicata*. Cependant historiquement, même la novation résultant de la litiscontestation se ramène à un eontrat *per aes et libram*. En effet, dans l'ancien droit sous les *legis actiones* et la procédure formulaire la litiseontestation était une novation véritable, elle éteignait complétement l'action, soit *ipso jure* (*judicia legitima*), soit *per exceptionem* (*judicia quae imperio continebantur*) (2), et à la place de l'action éteinte, les parties prenaient l'engagement formel de laisser prononcer la sentence. Cette obligation (*obligatio judi-*

(1) L. 1, D. XLVI, 2.
(2) Gaius, Comm. IV, § 103.

cium accipiendi) s'éteignait encore une fois par la sentence même, laquelle, si elle renfermait une condamnation, impliquait aussi par cela même l'obligation d'y satisfaire, *judicatum solvendi*. Plus tard a prévalu le principe de la L. 29, D. XLVI, 2, à savoir que la litiscontestation, tout en opérant novation, ne produisait aucun effet qui fût défavorable au demandeur; et d'après ce principe les effets de la litiscontestation, de cette espèce de novation à la fois nécessaire et irrégulière, se déterminent comme suit :

1° Les actions temporaires, prétoriennes, qui ne durent qu'un an ou moins, sont converties en obligations perpétuelles, car elles sont novées en l'obligation *judicium solvendi*, d'où naît l'action *judicati* qui dure même quarante ans (1).

2° Les actions qui ne passent pas aux héritiers (*actio injuriarum*), et celles qui ne peuvent pas être intentées contre les héritiers, c'est-à-dire les actions pénales et les actions mixtes, sont encore novées en obligations *judicatum solvendi*, par conséquent passent aux héritiers ou peuvent être exercées contre eux (2).

3° Lorsque l'un des créanciers solidaires intente son action contre le débiteur, toute l'obligation est éteinte et transformée en obligation *judicatum solvendi* existant au profit du créancier-demandeur, d'où la conséquence que le débiteur ne peut plus payer à un autre créancier, et qu'en payant à un autre créancier il ne ferait rien : *alteri promissor offerendo pecuniam nihil agit*, dit L. 16, D. XLV, 2; ce qui prouve encore que l'obligation première est éteinte dans l'intérêt du demandeur.

4° La novation est aussi censée avoir lieu pour les intérêts, mais seulement à partir du jugement; dès ce moment, dit la L. 3, C. VII, 54, les intérêts de l'ancienne créance ne sont plus dûs. Ceci encore a lieu dans l'intérêt du demandeur, car les intérêts de la créance primitive sont remplacés, à partir du jugement, par les intérêts légaux attachés à l'obligation *judicatum solvendi* qui

(1) L. *ult.*, C. VII, 39.
(2) L. un., C. IV, 17; — L. 68, D. L, 17.

sont de 12 pour cent par an, soit un pour cent par mois, d'où leur nom de *usurae centesimae*.

3° Enfin, en ce sens la litiscontestation n'opère pas novation, que les gages, hypothèques, cautions de l'ancienne créance sont conservés, et que les intérêts de cette créance courent jusqu'au jugement (1).

La litiscontestation produit encore cet autre effet que la créance générique et alternative au choix du créancier, est convertie en une obligation d'une *species*. C'est pourquoi deux créances d'un genre, au choix des créanciers, ne se compensent pas nécessairement, car dès que l'un a intenté son action, sa créance a pour objet une *species* (n° 995).

Enfin le jugement, la *res judicata*, opère aussi novation; de là la règle *non bis in idem* et l'exception *rei judicatae*, laquelle cependant peut être repoussée par la *replicatio doli* si le condamné n'a pas encore satisfait à la condamnation.

1029. Envisagée quant à ses effets, la division de la novation, en volontaire et nécessaire, a conduit les interprètes à distinguer aussi une novation privative et une novation cumulative. La novation privative est la novation proprement dite, celle qui éteint la première obligation pour la transformer. La novation cumulative modifie la première obligation d'après le principe de la L 29, de telle sorte qu'elle ne puisse avoir aucun effet préjudiciable pour le demandeur, et que plusieurs des effets de l'ancienne obligation, tels que cautions, hypothèques, soient transportés de plein droit à l'obligation nouvelle. Cette distinction n'est qu'un corollaire de la novation volontaire et nécessaire.

Mais, partant de la signification large du mot nover, et confondant la novation volontaire avec la novation nécessaire sous une définition commune et générale, Mühlenbruch, au lieu des novations privative et cumulative, veut qu'on distingue plutôt une novation privative et une novation modificative, dont la novation cumulative ne serait qu'une espèce; car, dit-il, la modification, au lieu de cumuler les effets de l'ancienne obligation avec l'obligation

(1) L. 11, § 1, D. XIII, 7; — L. 35, D. XXII, 1; — L. 68, D. L, 17.

nouvelle, peut aussi se rapporter seulement à la condition, au terme ou au *quantum* de la première obligation, laissant subsister cette obligation dans son essence (1).

Il est à remarquer que la novation que Mühlenbruch appelle modificative, n'en est pas une à proprement parler. On ne peut considérer comme telle que la novation qui est volontaire, celle à laquelle préside l'*animus novandi,* sauf toutefois la litiscontestation, qui doit être envisagée comme une novation nécessaire et irrégulière tout à la fois, s'opérant dans l'intérêt du demandeur.

Ces remarques faites, nous passons à l'exposé des règles auxquelles la novation volontaire est soumise.

1030. La novation volontaire s'opère en général, d'après le droit civil, par la stipulation et par la *litterarum obligatio;* nous verrons plus loin qu'il y a aussi des cas où elle s'opère civilement *re.* Elle s'opère encore, en vertu du droit prétorien, par le constitut et par le *pactum jurisjurandi.*

Pour la validité de toute novation volontaire, il faut : 1° Une personne capable; 2° une première obligation; 3° une seconde obligation qui prenne la place de la première en vertu de l'*animus novandi.*

1031. Pour ce qui est des personnes qui peuvent nover, il faut distinguer celui qui stipule à l'effet de nover, de celui qui promet, de même que dans le paiement nous avons eu à distinguer la personne qui peut recevoir un paiement, et celle qui peut le faire. En effet, le créancier qui fait novation ou qui stipule, est censé recevoir un paiement, et le débiteur qui promet *novationis causa,* est censé le faire. Il suit de là que la question de savoir quelles personnes peuvent nover, a la plus grande analogie avec la même question posée quant au paiement, et que si les deux solutions ne sont pas identiques, il existe cependant entre elles de nombreux points de rapprochement.

Recherchons d'abord qui peut stipuler *novandi causa.*

De même qu'un prodigue, un impubère, un mineur ne peuvent valablement recevoir un paiement, de même aussi ils ne peuvent

(1) *Doctr. Pand.*, § 474. — Il renvoie à la L. 8, C. VIII, 42.

valablement stipuler *novandi causa;* s'ils stipulaient ainsi, ils ne pourraient que rendre leur position meilleure; ils obligeraient les promettants envers eux, mais ils ne s'obligeraient pas eux-mêmes; d'où il suivrait qu'une nouvelle obligation leur serait acquise, mais que la première ne serait pas éteinte, de sorte qu'ils auraient le choix entre les deux obligations (1). De même qu'il n'y a que le créancier ou celui qui le représente légalement, tels que les tuteurs, curateurs et syndics, ou ceux qui ont pouvoir du créancier, mandataires généraux ou mandataires *ad hoc,* qui puissent recevoir un paiement, ainsi il n'y a que les tuteurs, curateurs, mandataires généraux ou *ad hoc,* y compris les cessionnaires, *procuratores in rem suam,* qui puissent stipuler pour le créancier à l'effet de nover (2). En ce sens il est vrai de dire avec la L. 10, D. XLVI, 2 : *Cui recte solvitur, is etiam novare potest.*

Mais de là il ne faut pas conclure que quiconque a pouvoir à l'effet de recevoir un paiement, a par cela même pouvoir de stipuler *novandi causa;* cela est vrai à l'égard du créancier lui-même et à l'égard des personnes qui le représentent légalement, tuteurs et curateurs; cela est vrai encore à l'égard du mandataire général et du *procurator in rem suam;* mais cela cesse d'être vrai à l'égard de l'*adjectus solutionis causa,* à l'égard de l'esclave, et du fils de famille quant au pécule, enfin à l'égard du mandataire spécial, quel qu'il soit; celui qui n'a qu'un mandat spécial pour recevoir un paiement, n'a pas de pouvoir pour stipuler *novandi causa.* La L. 10, D. XLVI, 2, après avoir dit : *Cui recte solvitur, is etiam novare potest,* excepte seulement l'*adjectus solutionis causa : excepto eo, si mihi aut Titio stipulatus sim, nam Titius novare non potest, licet recte ei solvatur.* L'*adjectus,* qu'on le remarque bien, n'est ici nommé que *exempli gratia,* comme cela résulte de la L. 4, C. VIII, 42, et des LL. 16, 25, D. XLVI, 2, qui établissent que ni celui qui a mandat pour recevoir un paiement, ni le fils de famille ni l'esclave, qui dans les affaires concernant le pécule peuvent recevoir le paiement, ne sont par là autorisés à faire novation.

(1) Argument de la L. 3, D. XLVI, 2; — L. 20, D. *eod.*

(2) LL. 10, 20, 25, 34, D. XLVI, 2; — L. 17, D. XII, 2; — L. 58, D. III, 3, etc.

Par conséquent, nous pouvons dire, en résumé, que celui qui peut recevoir un paiement peut stipuler *novandi animo*, sauf cette restriction que le mandat spécial pour recevoir un paiement, n'autorise pas le mandataire à faire novation.

D'autre part il ne faut point oublier que la stipulation faite par un tiers sans mandat, à l'effet de nover, peut cependant devenir valable par la ratification subséquente.

1032. Quelles personnes peuvent promettre *novandi causa?*

De même que non seulement le débiteur, mais aussi un tiers peut en payant éteindre une dette, ainsi un tiers peut également promettre *novandi animo*, et par l'engagement qu'il contracte, éteindre une dette qui n'était pas la sienne. Quand il s'agit de la promesse faite *novandi causa*, de la promesse qui a pour objet d'éteindre une obligation, l'incapable, le pupille, le prodigue le peuvent autant que la personne capable, car ils peuvent obliger les autres envers eux et généralement rendre leur condition meilleure (1). Le pupille ne peut pas stipuler *novandi animo*, car si la stipulation avait tous ses effets, le pupille pourrait éteindre son droit de créance; mais il peut promettre, car il peut rendre sa condition meilleure, par conséquent il peut éteindre sa dette. Il suffit d'ailleurs que l'obligation nouvelle soit valable civilement ou naturellement, dit la L. 1, D. XLVI, 2; or l'obligation que contracte le pupille, bien qu'elle n'oblige le pupille ni naturellement ni civilement, est pourtant en soi et par rapport aux tiers une obligation naturelle. Donc il n'y a point d'opposition entre la L. 20, § 1, D. XLVI, 1, qui déclare le pupille incapable de nover, et la L. 1, § 1, qui déclare valable la novation du pupille. Si la L. 20 le déclare incapable, c'est que dans le cas de cette loi il s'agit d'un pupille créancier qui par la novation éteindrait sa créance, comme cela résulte du mot *stipulari;* tandis qu'à la L. 1, § 1, la novation du pupille est valable, parce qu'elle s'applique à un pupille débiteur, qui en promettant éteint une première obligation, comme l'indique le verbe *promittere.*

De même qu'on peut payer une dette malgré le débiteur, ainsi

(1) L. 1, § 1. L. 3, D. XLVI, 2.

un tiers peut, en promettant *novandi animo*, éteindre malgré le débiteur une dette à laquelle il est étranger. En traitant du paiement, nous avons donné les motifs de la validité de cette novation, qui porte en droit romain le nom de *expromissio* (n° 971).

1033. Si la capacité des parties est la première condition de la novation, la seconde est l'existence d'une obligation, peu importe qu'elle soit civile ou naturelle, conditionnelle ou pure et simple. Puisqu'il peut y avoir novation d'une obligation qui n'est que conditionnelle, il suit qu'il peut y avoir novation aussi d'une obligation qui n'est que future, car toute obligation conditionnelle est une obligation future. Je stipule que Sejus me donnera au lieu et place de Titius ce que je stipulerai de ce dernier : il y aura novation conditionnelle, et dès l'instant où j'aurai stipulé de Titius, Sejus sera mon débiteur (1).

Mais la novation d'une obligation conditionnelle et future, est elle-même conditionnelle et future. Si *pendente conditione* l'objet dû en vertu de la créance conditionnelle qui a été novée, venait à périr sans la faute du débiteur, comme la condition s'accomplirait inutilement et qu'il n'y aurait jamais eu d'obligation, il ne pourrait pas y avoir novation, le débiteur serait libéré. Si la chose avait péri par la faute du débiteur, comme les dommages-intérêts seraient subrogés à la chose, la condition s'accomplirait utilement, et dès lors la novation aurait lieu au moment même de l'accomplissement de la condition. La novation d'une obligation à terme au contraire, est une obligation pure et simple, le terme ne passe pas à l'obligation nouvelle, à moins qu'il n'ait été réservé (2).

1034. Il faut dans la novation comme troisième condition, une nouvelle obligation contractée avec l'*animus novandi*. Peu importe aussi que cette nouvelle obligation soit civile ou naturelle, pure et simple, à terme ou sous condition. La L. 1, § 1, D. XLVI, 2, dit : *Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu....*

Il peut y avoir novation :

(1) L. 8, § 2, D. XLVI, 2.
(2) L. 12, D. XXIV, 6.

1° Soit que le débiteur promette autre chose que ce qu'il doit;

2° Soit qu'il promette la même chose purement et simplement et sans qu'il y ait d'autre changement que dans la cause même de l'obligation, dans la *causa debendi;*

3° Soit qu'il promette à terme ou sous condition;

4° Enfin, soit qu'un autre débiteur ou un autre créancier vienne prendre la place du premier, pourvu qu'il y ait *animus novandi.*

Nous allons sous les n^{os} qui suivent, examiner successivement chacun de ces cas.

1033. Lorsque le débiteur promet une chose pour une autre, il faut que cette chose soit telle qu'elle puisse être donnée au créancier; si elle ne le pouvait point, l'ancienne obligation subsisterait, et il n'y aurait pas de novation.

Créancier d'un usufruit que m'est dû par vous, mais dont vous ne m'avez pas encore fait la quasi-tradition, je vous délègue à l'effet de constituer cet usufruit au profit de mon créancier Titius : comme l'usufruit est un droit personnel qui s'éteint avec la personne, et que l'usufruit que vous allez constituer à mon créancier, ne peut par conséquent être le même que celui que vous me devez, Ulpien, à la L. 4, D. XLVI, 2, décide qu'il n'y a pas novation : *Si ususfructus debitorem delegavero tibi, non est novatio.* Mais si, d'après le strict droit, la décision d'Ulpien est fondée, attendu que l'usufruit qui m'est dû et qui devra être donné en place de ce que je devais, ne peut être donné, il y a cependant mandat donné et exécuté, car celui que j'ai délégué en constituant l'usufruit au profit de Titius, n'a fait qu'exécuter un mandat donné par moi. Donc, si je voulais poursuivre envers lui la tradition de l'usufruit, il me repousserait par l'exception *doli*, non seulement pendant la vie de Titius, mais encore après sa mort, alors que l'usufruit s'est de nouveau réuni à la propriété. Car, dit Ulpien, si j'étais mort avant mon créancier Titius, ce dernier n'en eût pas moins conservé l'usufruit jusqu'à sa mort; le nu-propriétaire qui m'avait promis l'usufruit y aurait donc perdu; or, s'il eût perdu dans ce cas, il est juste, il est conforme à la bonne foi qu'il profite si Titius meurt avant moi.

1036. On peut se demander comment il peut y avoir novation lorsque le débiteur, sans rien changer ni au terme ni à la condition, promet à son créancier la chose même qu'il lui devait déjà, surtout s'il la devait *civiliter*. — La réponse est cependant facile : en supposant que rien ne soit changé ni quant aux personnes, ni quant à l'objet de l'obligation, ni quant au terme, ni quant à la condition, il suffit qu'il y ait changement dans la *causa debendi*, pour que la novation existe, si telle est d'ailleurs l'intention des parties. Ainsi, supposez qu'ayant été créancier d'une certaine somme *ex vendito*, vous ayez stipulé de moi acheteur la même somme, il en résultera que vous n'aurez que l'action *ex stipulatu* pour réclamer le prix, et par conséquent vous ne pourrez pas réclamer les intérêts, qui en vertu de l'action *ex vendito* sont dûs et restent dûs à partir de la livraison de la chose (1). De même les cautions et hypothèques pourraient être libérées par le seul changement de la *causa debendi*.

On peut nover en promettant à terme ou sous condition ce qu'on devait purement et simplement. Quand je promets à terme, il y a novation dès l'instant où la promesse est faite, quoique la chose ne puisse pas encore être exigée (2). Lorsque je promets sous condition, il n'y a novation qu'au moment où la condition est arrivée; par conséquent, ce n'est que dès lors que la première obligation est éteinte. De ce qu'il n'y a novation qu'au moment de la condition, il suit que si l'objet de la première obligation est une *species* et qu'elle périsse avant l'arrivée de la condition, celle-ci s'accomplira inutilement; mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'objet de la première obligation ait péri sans la faute du débiteur. Si elle avait péri par sa faute, comme il serait débiteur des dommages-intérêts, la condition de la novation s'accomplirait utilement et lierait le promettant.

Mais si avant la novation conditionnelle, le débiteur était en demeure, pourrait-on dire que la demeure perpétue l'obligation, que dès lors la condition de la novation s'accomplira utilement et

(1) L. 27, D. XLVI, 2.
(2) L. 5, D. XLVI, 2.

que le débiteur restera débiteur en vertu de la nouvelle obligation?

Le jurisconsulte Venulejus le pensait, comme le constate la L. 31, D. XLVI, 2; mais son opinion est repoussée, et avec raison selon nous, par les LL. 8, D. *eod.*, et 72, D. XLVI, 3. — Il est vrai que la demeure perpétue l'obligation et que dès lors le débiteur en demeure ne peut plus prétendre être libéré par la perte fortuite; mais à la L. 31, Venulejus n'a pas considéré que la novation purge la demeure, qu'elle en fait disparaître tous les effets. En effet, le créancier qui fait novation, que fait-il si ce n'est recevoir en paiement, comme acte satisfactoire, une créance même conditionnelle, pour une première créance? c'est pourquoi, les LL. 72 et 8 admettent que la demeure est purgée, et que par conséquent dans l'espèce le débiteur est libéré.

Donc, en résumé, si la chose qui est l'objet de la première obligation, périt sans la faute du débiteur, *pendente conditione novationis*, la condition de la novation arrivera inutilement, car elle ne rencontrera plus d'obligation qui puisse être l'objet de cette novation, que le débiteur ait été en demeure ou non. Mais si la chose a péri *pendente conditione novationis* par la faute du débiteur, la condition de la novation s'accomplira utilement, car les dommages-intérêts ont pris la place de la chose due.

Lorsque la condition de la novation fait défaut, la première obligation subsiste. C'est ce qu'enseigne Gaius (§ 179, *Com.* III). Cependant, à ce même § 179, ce jurisconsulte incline vers l'opinion que le débiteur pourra opposer au créancier l'exception *doli* ou *pacti conventi*, parce que, dit-il, lorsque le créancier stipule de son débiteur que celui-ci lui paiera sa dette, si tel ou tel événement arrive, il est censé lui remettre la dette pour le cas où événement n'arriverait pas. La stipulation conditionnelle de ce qui est dû purement et simplement entre mêmes personnes, implique donc remise, implique le pacte *de non petendo*, sous une condition.

Mais remarquez qu'on ne saurait sous entendre la remise dont parle Gaius, si la seconde promesse était faite par un nouveau débiteur, ou par le même débiteur à un nouveau créancier, ou bien si l'objet de cette promesse n'était pas le même. Si dans un

tel cas la condition de la novation manque, la première obligation subsistera, car l'intention des parties était de n'éteindre la première obligation qu'en considération de la seconde. Aussi Gaius, dans les termes qu'il emploie au § 179, se renferme-t-il bien dans l'hypothèse où une même chose est promise au même débiteur par le même créancier.

1037. Il ne suffit pas qu'il y ait deux obligations entre les mêmes personnes ou entre des personnes diverses, pour qu'il puisse y avoir novation, il faut que la seconde obligation soit intervenue dans l'intention de mettre fin à la première et de la transformer dans la seconde; en un mot, il faut l'*animus novandi.* Ce principe, qui résulte d'une foule de passages, entre autres des LL. 2, 8 § 15, 28, 29, D. XLVI, 2, a été spécialement exigé à la L. 8, C. VIII, 42, d'après laquelle il n'y a pas novation mais plutôt deux obligations simultanées, s'il n'a pas été convenu spécialement entre parties que la première obligation sera éteinte, qu'on ne s'en tiendra qu'à la seconde : *Nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint : quod secundam magis pro anterioribus elegrint; nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere.* Puis Justinien ajoute : *Et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum, et si non verbis* (1) *exprimatur, ut sine novatione (quod solito vocabulo,* ἄνευ καινότητος, *Graeci dicunt) causa procedat. Hoc enim naturalibus inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire.* Les mots *voluntate solum esse, non lege novandum, etsi non verbis exprimatur,* ont fait penser, et récemment encore cette opinion a été défendue (2), que Justinien, par cette constitution, avait dérogé au principe : *Eadem vis est taciti ac expressi,* et que par conséquent sous la L. 8, la novation ne pouvait plus exister sans une déclaration expresse et formelle des parties. — Mais, s'il en était ainsi, la L. 8 serait en contradiction avec plusieurs passages du Digeste. Voyons donc si c'est bien là le sens qu'il faut donner à ces expressions.

(1) Les parties n'ont pas besoin d'ajouter la clause verbale qu'ils n'entendent pas faire novation, pareille clause est censée ajoutée : *Inesse verbis volumus.*

(2) Sintenis, *Zeitsch. für Civilr. und Process.*, IX, n. 5. — Rosshirt, *Zeitsch. für Civilr. und Crimmalrecht,* 2, p. 19.

Pour comprendre cette loi, il faut considérer que rien n'est plus fréquent que des conventions par lesquelles les parties dérogent à des conventions précédentes, soit en exigeant une caution, des hypothèques, soit en stipulant un terme, etc. Lorsque les parties accordent de telles modifications à leurs engagements, il doit souvent exister du doute sur la portée de ces modifications. L'innovation n'est-elle que modificative, ou bien est-elle une véritable novation, une novation privative? Telle est la questiou qui a dù se présenter constamment avant la L. 8, C. VIII, 42. De là les décisions et décrets impériaux qui, bien qu'ils n'aient porté que sur des cas particuliers, ont été invoqués comme ayant l'autorité de la loi, et comme applicables au moins dans les cas où les contractants n'avaient pas clairement manifesté leur intention. Cette autorité légale, attribuée à des décrets faits pour des cas particuliers, était abusive, et c'est à cet abus que Justinien a voulu remédier en prescrivant que la question de savoir s'il y a novation, serait résolue non *ex lege*, c'est-à-dire par les décrets préexistants, mais *ex voluntate*, c'est-à-dire d'après l'intention des parties. Il n'en résulte aucunement que la novation ne puisse pas être tacite, présumée, lorsque cette présomption est fondée sur des actes qui n'admettent aucune autre signification; il en résulte seulement que c'est la volonté des parties qui doit être décisive. Puis Justinieu ajoute que pour que la modification ne soit pas considérée comme une novation, il n'est pas nécessaire que les parties ajoutent les mots *sine novatione*, mais que ces mots sont plutôt sous-entendus de droit. Ainsi Justinien établit ces deux points :

1° Quand les parties accordent quelque modification à un engagement préexistant, pour voir s'il y a novation il faut s'en tenir uniquement à la volonté, et secouer l'autorité des décrets rendus sur de pareilles questions.

2° Quant à cette volonté des parties, Justinieu donne une seule règle : pour que la modification doive être considérée comme modification pure et simple, sans effets privatifs, il n'est pas nécessaire que les parties y ajoutent la clause que la convention doit sortir ses effets sans qu'il y ait novation, clause que probablement les parties ajoutaient avant cette loi; Justinien veut qu'une telle

clause soit sous-entendue, qu'on n'argumente pas de son absence pour en inférer novation; en un mot que la novation ne se présume pas, mais se prouve par la volonté des parties; nulle part il ne dit qu'elle ne peut s'établir que par une volonté expresse, *verbis*.

Telle est la disposition de la L. 8, expliquée dans son ensemble; telle est la seule interprétation qu'il soit possible d'en donner sans la mettre en contradiction avec de nombreux textes du Digeste où la novation est admise bien que la volonté de nover ne soit exprimée que d'une manière implicite, *rebus et factis*, mais non moins certaine.

1038. Or, pour que la novation soit exprimée d'une manière certaine, quoique tacite, c'est-à-dire, pour que la nouvelle obligation soit réputée avoir éteint l'obligation première, il faut, en l'absence de la déclaration expresse des parties, que l'existence de la première obligation soit incompatible avec celle de la seconde; en d'autres termes, il faut que la nouvelle obligation n'ait pu se former que par cela même que l'ancienne ait été éteinte. C'est ce qui a lieu dans les cas suivants :

1° La L. 10, D. XII, 1, nous donne un premier exemple. Le mandant y stipule que le mandataire conservera à titre d'emprunt la somme qu'il lui devait restituer; or le prêt, pour qu'il existe, suppose que le prêteur ait donné les fonds, et bien que dans l'espèce il n'y ait pas eu livraison matérielle des fonds, cependant cette livraison est censée avoir eu lieu *brevi manu*, ce qui exige aussi nécessairement que l'emprunteur soit censé avoir payé ce qu'il devait au mandataire, et que par conséquent l'obligation *ex mandato* soit éteinte, comme ne pouvant subsister en même temps que le *mutuum*. Donc contracter un *mutuum*, dans l'hypothèse qui nous occupe, c'est vouloir que l'obligation *ex mandato* soit éteinte et remplacée par celle *ex mutuo*.

2° Il en est de même au cas de la L. 7, § 2, D. XVI, 3. Lorsque, dit cette loi, je dépose une somme chez mon banquier, j'ai comme déposant un privilége qui prime celui de tous les créanciers du dépositaire; mais s'il a été convenu que le banquier me paiera l'intérêt de la somme déposée, il y aura novation; il n'y aura plus dépôt, car le dépôt a été converti en *contractus foeneratitius*,

en *foenus*, et par conséquent le privilége attaché au dépôt sera éteint. La novation est ici admise sans que l'intention de nover ait été exprimée *verbis*, car il est impossible que le droit existât en même temps que le *contractus foeneratitius;* en effet, les parties ne peuvent pas vouloir à la fois que le déposant conserve la propriété, et que le dépositaire soit propriétaire; que ce dernier paie des intérêts pour l'usage qu'il fait, et qu'il n'ait pas le droit de faire usage : stipuler le *foenus*, c'est mettre fin nécessairement au contrat de dépôt, c'est changer la *causa debendi*.

3° L. 10, D. XLI, 2. — Si j'ai détenu une chose comme locataire, et s'il a été convenu que je la détiendrai à titre de précaire, les parties ont implicitement voulu mettre fin au contrat de louage; il y a donc novation, car il est impossible de détenir une seule et même chose comme locataire et à titre de précaire tout à la fois.

Cette loi nous donne le véritable principe suivi en cette matière: *Potius enim hoc procedere videtur, quod novissime factum est*, c'est-à-dire que dans le cas d'incompatibilité, la dernière obligation seule doit valoir, parce qu'il faut interpréter les conventions de telle sorte qu'elles aient un effet.

Dans tous ces cas la novation a lieu *re*. En effet, une première dette est censée acquittée, et le prêt ou le précaire qui prend la place de l'obligation première, est fondée sur une tradition *brevi manu* (*prestatio, res*).

Enfin, suivant le même principe de l'incompatibilité des deux obligations, on a admis dans la jurisprudence moderne que lorsque le créancier et le débiteur conviennent que la somme due sera constituée à titre de rente perpétuelle, il y a novation, parce que cette constitution de rente rend la dette non exigible et qu'une dette ne peut pas être à la fois exigible et non exigible.

1039. Si, au contraire, l'intention de nover n'est pas exprimée d'une manière certaine, s'il n'y a pas incompatibilité entre la première obligation et la seconde, les deux obligations coexistent l'une à côté de l'autre, car la novation ne se présume pas. Ainsi, lorsqu'après avoir acheté une chose, je stipule qu'elle me sera remise, il y aura, d'après le principe de la L. 8, C. VIII, 42, deux obli-

gations existant simultanément et ayant pour objet une seule et même chose. Qu'en résultera-t-il? — Que je puisse demander deux fois la même chose? Nullement, ce serait contraire à la bonne foi (1). Mais il en résultera que le vendeur ne satisfera à son obligation *ex stipulatu* qu'en me rendant propriétaire de la chose (2), et sous ce rapport l'obligation *ex stipulatu* renferme plus que celle du contrat de vente, car le vendeur, en cette seule qualité et sauf la garantie pour éviction, n'est pas tenu de rendre l'acheteur propriétaire, comme il doit le faire en sa qualité de promettant (3).

La maxime *bona fides non patitur ut bis idem exigatur* cesse d'être applicable lorsque le créancier, après avoir stipulé la chose, en stipule encore l'estimation, car l'estimation n'est pas la chose même (4).

Si Titius promet ce que je dois, mais sans intention de nover, c'est-à-dire sans intention de me libérer manifestée par Titius et acceptée par le créancier, il n'y aura pas novation, il y aura deux obligations, ou plutôt il y aura deux rapports obligatoires, Titius se sera constitué débiteur solidaire de la même dette (5).

Ce que nous venons de dire nous fait voir comment il faut entendre ces termes de la L. 8, C. VIII, 42, *anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere;* il nous reste à traiter maintenant des autres modifications dont une obligation est encore susceptible, modifications mentionnées dans la même L. 8.

Il est évident qu'en augmentant ou diminuant la dette, on ne pose pas un fait dont il soit possible d'induire novation, et il en serait de même si l'on ajoutait à l'obligation une condition ou un terme : l'obligation subsisterait avec toutes les garanties. Toutefois, quant au terme accordé après coup, après l'obligation contractée, après le cautionnement donné, remarquez que si les

(1) L. 57, D. L, 17.
(2) L. 25, § 1, D. XVIII, 1.
(3) L. 3, § 1, D. XIX, 1; — L. 3, C. VIII, 45; — L. 11, § 2, D. XIX, 1. — Comparez Noodt, *Probab.*, II, 12.
(4) L. 28, D. XLVI, 2.
(5) L. 8, § *ult.*, et L. 26, D. XLVI, 2.

cautions qui s'étaient engagées auparavant, n'ont pas cautionné la dette avec tout ce qui pourrait en résulter, *cum omni causâ*, elles ne sauraient être obligées par rapport aux intérêts, qui par la concession d'un délai postérieure au cautionnement, auraient augmenté le capital. Il en serait de même si le créancier stipulait que le débiteur lui paiera les intérêts de sa dette, ou s'il stipulait une majoration d'intérêts; cette stipulation *ex post facto* ne lierait pas la caution (1).

Mais, dira-t-on peut-être, la stipulation d'intérêts implique novation; une même dette ne peut pas être non-usuraire et usuraire tout à la fois. Ce raisonnement serait erroné, car lorsqu'on ne fait que stipuler les intérêts d'un capital, les parties n'ont nullement en vue une obligation distincte de la première; les intérêts n'étant qu'un accessoire du capital, il s'ensuit que la première obligation est contenue tout entière dans la seconde, comme le moins est contenu dans le plus (2). Il ne saurait donc y avoir incompatibilité entre deux obligations distinctes, parce que dans une telle hypothèse il n'y a pas même deux obligations.

Il en est encore de même de la clause pénale. Ajoutée à une obligation, cette clause n'a aucun effet privatif et laisse d'ailleurs subsister l'obligation telle qu'elle était. La clause pénale, lors même qu'elle est ajoutée dès le principe à une obligation, crée deux obligations distinctes, l'une pure et simple, l'autre conditionnelle; c'est pourquoi, lorsque la peine est encourue, le créancier a deux actions, il peut demander soit la peine, soit les dommages-intérêts pour non-exécution de l'obligation principale; il peut même, lorsque cette dernière est *bonae fidei*, après avoir demandé la peine, si celle-ci ne l'indemnise pas pleinement de la non-exécution, intenter l'action du contrat, pour obtenir le supplément des dommages-intérêts (3).

1040. Cependant ces règles, qui sont tout-à-fait en harmonie avec la L. 8, C. VIII, 42, d'après laquelle la novation ne se pré-

(1) L. 68, § 1, D. XLVI, 1. — Voet, *Pand.*, XLVI, 1, n. 13, et XLVI, 2, n. 5 et 6.
(2) L. 1, § 4, D. XLV, 1.
(3) L. 28, D. XIX, 1; — L. 41 et L. 42, D. XVII, 2. Voyez plus haut le n° 151.

sume pas, paraissent être contredites par la L. 44, § 6, D. XLIV, 7, d'après laquelle il paraîtrait que la clause pénale a pour effet de transformer l'obligation principale en obligation de payer la peine. Cette L. 44 concerne la stipulation d'un *facere*, elle est ainsi conçue : *Sed si navem fieri stipulatus sum, et si non feceris, centum; videndum utrum duae stipulationes sint, pura et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem; an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est.* Je stipule que vous me construirez un navire, avec la clause qu'à défaut de le faire, vous me paierez cent. Y a-t-il là deux stipulations, l'une pure et simple, l'autre conditionnelle; ou bien n'y a-t-il qu'une stipulation, de telle sorte que la condition à laquelle est subordonnée la stipulation de payer cent étant arrivée, la première stipulation, celle de construire le vaisseau, soit quasi-novée? C'est pour cette quasi-novation que se prononce le jurisconsulte Paul. Comment concilier ce texte avec la L. 8, qui proscrit la novation présumée, et avec ce principe général qui régit les obligations sous clause pénale, d'après lequel le créancier peut poursuivre à son choix ou la peine par l'action *ex stipulatu*, ou les dommages-intérêts par l'action du contrat?

Pour interpréter cette loi, il faut d'abord la comparer avec les règles du droit civil, notamment avec les règles sur la stipulation d'un *facere*, telles qu'elles ont existé du temps de Paul, et ensuite avec la législation de Justinien. Sous le droit antérieur à Justinien, la stipulation dont il s'agit en cette loi, ayant pour objet un *facere* (*navem fieri*), par conséquent un *incertum*, était de nul effet, parce que selon le strict droit des stipulations rien ne devait, en cas de condamnation, être laissé à l'arbitrage du juge (1). Toutefois il y avait un moyen de rendre valable la stipulation d'un *facere*, c'était l'emploi de la clause pénale qui, en cas de non-exécution, renfermait un *certum*, une *certa pecunia*. Du temps de Papinien et de Paul on avait donc encore coutume d'ajouter une clause pénale à la stipulation d'un *facere* ou d'un

(1) Comp. § 7, Inst. III, 15. — GAIUS, §§ 92, 93, Comm. III; — et plus haut nos 151 et 170.

non facere (1). Il fallait substituer d'avance un *certum* à l'*incertum* pour sa validité. Il y a plus, au § 7, Inst. III, 15, Justinien, bien que de son temps la stipulation d'un *facere* fût valable par elle-même, conseille encore aux parties d'y ajouter une peine. C'était donc la clause pénale qui rendait valable la stipulation du *facere*, ou pour mieux dire qui transformait en quelque sorte cette stipulation non-valable, en obligation valable de payer la peine. La L. 44 dit *quasi novatio*, car il ne peut être question ici de novation proprement dite, puisque l'obligation principale n'était point valable. Ainsi rapprochée de l'ancienne jurisprudence, cette loi ne saurait donc être regardée comme étant en opposition avec la L. 8, C. VIII, 42, car il n'y est pas même question d'une novation dans le véritable sens du mot, mais seulement d'une quasi-novation.

Dans le droit en vigueur sous Justinien, les principes sur la stipulation d'un *facere* s'étaient élargis, et pareille stipulation était devenue valable par elle-même, bien que, à cause de l'appréciation des dommages-intérêts, on y conseillât encore d'ajouter la clause pénale. Quelle est donc la signification que la L. 44 peut avoir conservée sous ce droit? A-t-elle été insérée au Digeste par mégarde, comme un fragment d'une jurisprudence surannée; ou bien a-t-elle été recueillie avec intention, pour déroger aux principes suivis en matière de novation ou en matière de clause pénale? Je ne puis admettre la dernière hypothèse, les mots *quasi novatio* s'y opposent, et ne sont absolument explicables que du point de vue du droit ancien.

1041. La dation en paiement n'opère pas novation, car elle ne transforme pas une obligation en une autre. En effet, de deux choses l'une : ou bien la dation en paiement éteint une obligation sans en faire naître une nouvelle, c'est ce qui a lieu lorsque le créancier a réellement été rendu propriétaire de la chose donnée; ou bien, sans éteindre l'obligation première, elle fait

(1) Paul dit à la L. 68, D. XLV, 1 : *Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses : certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero : pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio : quia id venit in stipulationem quod mea interest.*

naître une nouvelle obligation résultant de la dation même, c'est-à-dire l'obligation de la garantie, ce qui a lieu lorsque par la dation le créancier n'a pas été rendu propriétaire de la chose donnée. Or, dans ce dernier cas, le créancier peut à son choix, ou intenter l'action *emti utilis* en garantie, ou poursuivre ultérieurement le remboursement de son ancienne créance, qui n'a pas été éteinte, *quoniam causa secuta non est*, la propriété n'ayant pas été transférée. De sorte qu'en droit romain on ne saurait attribuer à la dation en paiement les effets d'une novation. D'où il suit que si j'ai donné une chose en paiement et que le créancier n'ait pas été rendu propriétaire, les fidéjusseurs qui avaient cautionné cette dette, ne seront pas libérés (1).

1042. En droit français, les cautions seraient, dans cette espèce, libérées, non pas parce que la dation en paiment opère novation, mais parce que l'art. 2038 du Code civil, dérogeant en ce point à l'ancienne jurisprudence (2), les déclare libérées. Cette dérogation est faite tout entière dans l'intérêt des cautions; le législateur moderne a voulu empêcher que la caution ne pût être actionnée alors qu'elle pouvait présumer la dette éteinte. C'est pour un pareil motif et pour atteindre le même but que l'art. 2032 autorise la caution, même sans avoir payé, à agir contre le débiteur principal lorsqu'au bout de dix ans l'obligation principale contractée sans terme n'a pas encore été acquittée par celui-ci.

1043. La novation a pour effet d'éteindre l'ancienne obligation, avec tous ses accessoires; par conséquent, ni les garanties du paiement, ni les cautions et hypothèques dont eût pu se prévaloir le créancier qui a nové, ni les exceptions et défenses dont eût pu se prévaloir le débiteur qui a nové, ne sont transférées à l'obligation nouvelle.

La novation opère aussi d'une manière absolue; faite avec la caution elle libère le débiteur principal de la même manière que, faite avec le débiteur principal, elle libère la caution. Faite par l'un des créanciers solidaires, elle libère le débiteur à l'égard de

(1) L. 46, D. XLVI, 3; — L. 24, D. XIII, 7. — L. 4, C. VIII 43.
(2) Attesté par De Renusson, *Tr. de la Subrogation*, ch. 5, nº 40.

tous. Faite avec l'un des débiteurs solidaires, elle libère tous les débiteurs (1).

Toutefois, lorsque les cocréanciers ou les codébiteurs sont associés, le contrat de société apporte quelques modifications à ce principe. Si les cocréanciers solidaires ne sont pas associés, la novation faite par l'un d'eux libère le débiteur à l'égard de tous et pour le tout, parce qu'en l'absence de toute société chaque cocréancier solidaire a non seulement le droit de poursuivre le paiement à lui seul, mais encore celui de disposer, à lui seul, de la créance comme il l'entend, et que chaque créancier a ce droit jusqu'à ce que l'autre ait intenté l'action, et ait ainsi par la litiscontestation attaché l'obligation à sa personne. Le cocréancier qui fait novation en l'absence d'un contrat de société, ne stipule pas pour autrui, mais pour lui-même, et la novation a tous ses effets. Mais si les créanciers solidaires sont associés, alors, d'après le principe de la L. 27, D. II, 14, ils n'ont réellement que le droit de poursuivre chacun le paiement intégral de la créance; ils n'ont pas le droit d'en disposer intégralement, ni par conséquent d'éteindre intégralement la créance par une novation. Les créanciers solidaires associés, d'après la L. 27, sont l'un à l'égard de l'autre des mandataires spéciaux à l'effet de recevoir le paiement d'une créance; or, comme mandataires spéciaux ils ne peuvent pas stipuler à l'effet de nover (n° 1031), comme le dit en toutes lettres la L. 27; donc le créancier solidaire associé ne pourra en novant éteindre la créance qu'à concurrence de la part qui lui revient d'après le contrat de société.

Quant à la novation faite avec l'un des débiteurs solidaires, elle libère tous les débiteurs; mais si les débiteurs sont associés, elle donne au débiteur qui a nové et libéré les autres, le même recours envers les associés qu'il aurait eu s'il avait éteint la dette commune par un paiement.

1044. Après avoir exposé les principes et les règles qui gouvernent la novation en général, nous avons à traiter d'une novation d'une nature particulière, qui se distingue de la novation ordinaire et par des caractères propres, et par une désignation spéciale : la délégation. Ces explications feront l'objet du chapitre suivant.

(1) L. 31, D. XLVI, 2.

Sommaire.

1045. Délégation, dans son acception générale, veut dire autant que mandat. *Delegare* et *mandare* sont des expressions synonymes dans le sens grammatical.

Mais la délégation, dans le sens juridique, est un mandat dont l'exécution opère novation, éteint une obligation en même temps qu'elle en établit une nouvelle. Nous définirons donc la délégation un acte par lequel un tiers (délégué) est de son consentement assigné comme débiteur au délégataire, qui l'accepte, de telle sorte qu'entre le délégué et le délégataire il s'établit une obligation nouvelle, en même temps qu'une obligation s'éteint soit entre le dé-

léguant et le délégataire, si ce dernier a été créancier du déléguant, soit entre le déléguant et le délégué, si ce dernier a été débiteur du déléguant, soit à la fois entre le déléguant et le délégataire d'un côté, et entre le déléguant et le délégué de l'autre, si le déléguant est à la fois débiteur du délégataire et créancier du délégué.

1046. De cette définition il suit :

1° Que nous ne devons pas confondre la délégation proprement dite avec l'indication de paiement, c'est-à-dire avec le simple mandat par lequel un débiteur charge un tiers de payer ce qu'il doit à son créancier, sans cependant que le créancier ait accepté ce tiers comme obligé en lieu et place de son débiteur, acceptation qui seule aurait converti le mandat en délégation proprement dite.

2° Qu'il faut aussi distinguer la délégation proprement dite de l'assignation, qui est un simple mandat que le débiteur donne à son créancier à l'effet que celui-ci se fasse payer par un tiers assigné, sans que pourtant le créancier ait accepté ce tiers comme obligé en lieu et place du mandant.

Pour ne pas confondre des actes aussi distincts, nous remarquerons que lorsqu'un débiteur désire satisfaire son créancier au moyen d'une créance qu'il a lui-même sur un tiers, il peut en résulter trois espèces de rapports juridiques : *a*. La simple assignation; — *b*. La cession de créance à titre de paiement, ou la dation en paiement d'une créance; — *c*. La délégation proprement dite.

Examinons chacun de ces cas.

a. L'assignation n'est qu'un mandat où le débiteur est mandant et le créancier mandataire. Elle n'éteint aucune obligation, elle laisse le débiteur obligé jusqu'à ce que par le paiement fait au mandataire, celui-ci soit lui-même à son tour devenu débiteur de son débiteur. L'assignation crée donc une obligation, elle oblige l'assignataire comme tout mandataire, à mettre des soins diligents au recouvrement de la créance, mais l'assignation laisse l'assignant obligé jusqu'au paiement fait par l'assigné, elle n'éteint aucune obligation.

1047. *b*. La dation en paiement d'une créance, ou la cession de

créance, à titre de paiement, éteint la créance; le cédant n'est plus obligé que comme garant de l'existence de la créance même. La solvabilité du débiteur devient un risque du cessionnaire, *procurator in rem suam,* à la différence de l'assignation où l'assignataire ne répond que de sa faute. Si la cession d'une créance à titre de paiement, éteint une obligation, elle ne crée cependant pas une obligation nouvelle. En effet, le débiteur s'acquittera envers le cessionnaire, comme il se serait acquitté envers le cédant; la cession est un acte auquel sa volonté est demeurée étrangère, il n'a pas contracté une obligation nouvelle envers le cessionnaire, il ne verra dans sa personne que le cédant lui-même; par conséquent il peut lui opposer toutes les exceptions qu'il eût pu opposer au cédant.

Ainsi l'assignation ne fait naître que des rapports de mandat entre l'assignant et l'assignataire et n'éteint aucune obligation. La dation en paiement d'une créance éteint une obligation, mais ne fait pas naître une obligation nouvelle.

c. La délégation proprement dite, au contraire, tout en éteignant une obligation, et parfois deux, fait toujours naître en même temps une obligation nouvelle. Lorsqu'un débiteur délègue son débiteur à son créancier, il y a dans cette délégation beaucoup d'analogie avec la dation en paiement d'une créance, car dans les deux cas, il y a une obligation éteinte; mais dans la délégation seule se forme une obligation nouvelle. Le débiteur délégué s'est obligé envers le délégataire en même temps qu'il a éteint l'obligation, par conséquent il ne pourra pas opposer au délégataire les exceptions qu'il avait contre le déléguant et qu'un débiteur peut opposer au cessionnaire.

1048. D'après cela, il faut trois conditions pour qu'il y ait délégation :

1° Mandat donné au délégataire à l'effet d'accepter le délégué pour débiteur;

2° Mandat donné au délégué à l'effet de se constituer débiteur du délégataire;

3° Exécution de ce mandat, c'est-à-dire contrat entre le délégué et le délégataire.

Remarquons ici qu'on appelle souvent délégation imparfaite celle où manque la troisième condition et qui consiste par conséquent uniquement dans le mandat donné à l'effet de se constituer débiteur; il importe peu que le mandat dont il s'agit soit donné explicitement au délégataire et au délégué tout à la fois, ou bien qu'il soit donné explicitement au délégataire seulement ou au délégué seulement, car quand je donne mandat au délégataire à l'effet d'accepter le délégué pour débiteur, je donne par cela même mandat à ce dernier pour se constituer débiteur.

1049. Il n'est pas nécessaire non plus pour qu'il y ait délégation, que le délégué soit débiteur du déléguant et qu'en même temps le déléguant soit débiteur du délégataire, car la délégation n'a pas toujours pour but de libérer le déléguant en faisant intervenir un tiers non débiteur, soit que celui-ci intervienne dans l'intention d'obliger envers soi la personne pour laquelle il intervient, soit qu'il intervienne *donandi animo* (1), le déléguant étant débiteur du délégataire. La délégation peut aussi avoir pour but l'aliénation d'une créance, soit à titre de donation, soit à tout autre titre; et à cet effet il suffit que le délégué soit débiteur du déléguant. A ce sujet il est utile de remarquer que la délégation était dans l'ancien droit le seul moyen contractuel d'aliéner une créance; la cession s'est introduite plus tard comme moyen d'aliéner pouvant avoir lieu sans le consentement du débiteur, mais ce moyen dans le principe était très-peu sûr pour le cessionnaire, comme nous le verrons plus loin.

1050. Pour qu'il y eût délégation, il fallait la stipulation ou une autre forme civile par laquelle le délégué se reconnût débiteur du délégataire, car par le pacte prétorien et le constitut s'il avait pour objet la dette d'autrui, l'ancien débiteur n'était pas libéré (2). Il fallait donc soit la stipulation, soit la *litterarum obligatio,* soit la litiscontestation, pour que la délégation fût parfaite dans sa forme. Gaius (176, *Com.* III), nous montre quelle était la forme de la délégation lorsqu'elle se faisait par stipulation :

(1) L. 33, D. XLVI, 2.
(2) L. 28, D. XIII, 5.

Praeterea novatione tollitur obligatio : veluti si quod tu mihi debeas, à Titio dari stipulatus sim.... Mais cette formule, de laquelle seule Gaius fait résulter la novation, la délégation, n'est plus en harmonie avec la L. 8, C. VIII, 42, que nous avons déjà examinée plus haut. Aussi ce passage de Gaius n'a-t-il pas été recueilli dans le Digeste; au contraire il résulte de la L. 8, §§ 2 et 5, que si je promets ce que doit un autre il n'y a novation que pour autant que l'intention de nover soit exprimée ou se prouve d'ailleurs par les circonstances qui ont amené la stipulation. Donc la novation ne résulte pas du seul emploi de la formule dont parle Gaius; la faire résulter de cette formule, ce serait la présumer, car la formule peut s'appliquer tout aussi bien à une promesse de solidarité qu'à une novation; dès lors, d'après la L. 8, C. VIII, 42, ce n'est pas l'extinction de l'obligation par novation qu'il faut admettre, mais la solidarité.

Il en était de la *litterarum obligatio* comme de la stipulation. *A persona in personam transcriptio fit,* dit Gaius, § 130, *Com.* III, *veluti si id quod mihi Titius debet, tibi expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi,* c'est-à-dire : si à la place de Titius je vous accepte comme débiteur et que je vous porte comme tel, de votre consentement, sur mon journal.

La délégation peut aussi s'opérer par la litiscontestation, mais seulement, d'une manière parfaite, lorsque c'est le débiteur qui se fait représenter dans le *judicium.* Si j'ai une action contre Séjus, que Séjus délègue Titius pour accepter le *judicium,* et qu'enfin Titius vienne contester le litige, j'aurai Titius pour débiteur. La formule était : *Judex esto, si paret Titium debere;* c'est pourquoi la L. 11, § 1, D. XLVI, 2, dit : *Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litiscontestationem,* et la L. 3, § 11, D. XV, 1 : *Nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi.*

Il en était autrement lorsque le créancier cédant se faisait représenter en justice; dans ce cas la litiscontestation avait bien pour effet de rendre irrévocable le mandat donné au *procurator ad litem,* mais le débiteur qui venait se défendre ne devenait point débiteur de ce *procurator;* c'eût été inique. Aussi ce changement

ne pouvait s'opérer que du consentement du débiteur qui conservait le droit d'opposer au *procurator* les exceptions qu'il avait contre le cédant; l'*intentio* était conçue comme si le cédant avait été en cause, et le *procurator,* le cessionnaire, était seulement mentionné dans la condamnation. La litiscontestation dans ce cas ne constituait pas une novation complète, comme la litiscontestation du créancier avec le *procurator* du débiteur, car le *procurator* du débiteur acceptait volontairement le litige avec le créancier, tandis que lorsque le créancier était représenté au procès, le débiteur devait l'accepter (1).

1051. Dans l'ancien droit, une créance ne pouvait se transférer que par novation, soit en vertu de la stipulation, de la *litterarum obligatio* ou de la *litiscontestatio.* C'est pourquoi nous lisons dans les *Fragmenta Vaticana,* au sujet d'une donation de tous les biens : *Per mancipationem praediorum dominium transtulit, interpositis delegationibus.*

Il est bien vrai que lorsqu'on voulait céder une créance, on pouvait constituer *procurator in rem suam* celui à qui on voulait faire la cession, on pouvait lui donner mandat à l'effet de poursuivre le paiement de cette créance. Mais comme le cessionnaire n'était alors que mandataire, rien n'empêchait le mandant ou ses héritiers de révoquer le mandat qui ne devenait irrévocable que par la litiscontestation. Le mandat, par lui-même, dans l'ancien droit, n'avait donc pas pour effet de transférer la créance; le transport ne se faisait que par novation, et c'était là une nouvelle cause qui concourait avec l'acceptilation à rendre les novations fréquentes dans l'ancien droit. Le recours à la novation pour transporter une créance est devenu inutile dès que le cessionnaire de la créance a reçu une action utile qui lui a permis d'agir en son propre nom, comme s'il était créancier, sans qu'il eût besoin de se présenter en justice *procuratoris nomine.* Déjà avant Justinien cette action utile avait été accordée au cessionnaire d'une créance à titre onéreux; Justinien, à la L. 33, C. VIII, 54, l'a accordée au cessionnaire à titre gratuit. Ce changement n'a pour-

(1) GAIUS, Comm. IV, 34, 86, 87.

tant pas empêché le débiteur cédé d'opposer au cessionnaire les exceptions qu'il avait contre le cédant, il n'avait pour but que de rendre irrévocable vis-à-vis du cédant et de ses héritiers, les droits de cessionnaire.

1052. Pour déterminer les effets de la délégation, il faut distinguer : 1° Le cas où le débiteur a délégué son débiteur à son créancier; et 2° celui où le déléguant il a délégué son débiteur *donandi animo*.

Dans le premier cas, le délégué ne peut pas opposer au délégataire les exceptions qu'il avait contre le déléguant; car le délégué n'a pas promis sa propre dette; celle-ci est éteinte, il a promis de payer la dette du déléguant, et il suffit que le déléguant n'eût pas pu opposer d'exception au délégataire pour que le délégué ne puisse pas non plus en opposer; le délégataire qui obtiendra le paiement du délégué n'aura obtenu que ce qui lui était dû : *Suum recepit* (1).

Mais que fera alors le délégué qui avait cependant des exceptions à faire valoir contre le déléguant? — Distinguons avec la L. 12 : s'il a eu connaissance de ces exceptions au moment où il s'est constitué débiteur au profit du délégataire, il sera censé y avoir renoncé, de même que s'il avait payé sciemment une dette contre laquelle il aurait pu se défendre par des exceptions; par conséquent il sera censé avoir voulu faire donation au délégataire. S'il a ignoré les exceptions, il pourra intenter contre le déléguant soit la condiction *sine causa,* soit l'action *mandati contraria;* la *condictio,* parce qu'il a libéré le déléguant *sine causa,* c'est-à-dire sans avoir été libéré lui-même; l'action *mandati,* parce qu'ayant libéré le déléguant, il a dans tous les cas exécuté un mandat qui lui avait été donné.

Ce que nous disons du cas où le délégué avait des exceptions à opposer au déléguant, s'applique aussi au cas où le délégué croyait devoir au déléguant, car celui qui a une exception perpétuelle ne doit pas (2).

(1) L. 12, D. XLVI, 2.
(2) L. 13, D. XLVI, 2.

1053. Si le déléguant, sans devoir quelque chose au délégataire, a délégué son débiteur *donandi animo,* celui-ci pourra opposer au délégataire les exceptions qu'il aurait pu opposer au déléguant (1). La différence provient de ce que dans cette hypothèse ce n'est pas la dette du déléguant que le délégué a pouvoir de payer au délégataire, le déléguant ne lui devait rien, c'est une dette fictive qu'il a promis de payer, c'est la dette que lui délégué croyait devoir au déléguant. Pour nover, il faut une première obligation; or, cette première obligation dans l'espèce n'existe pas, car une obligation infirmée par une exception n'en est pas une. Le délégué en invoquant l'exception qu'il aurait pu opposer au déléguant, ne fait donc qu'établir la nullité de la délégation, de la novation. Mais lorsque la novation est valable, lorsque, comme dans l'espèce de la L. 12, D. XLVI, 2, le déléguant devait réellement au délégataire, et que la novation portait sur cette dette, le délégué ne peut pas invoquer devant le délégataire les exceptions qu'il avait contre le déléguant, mais il conservera son recours contre ce dernier.

(1) L. 7, § 1, D. XLV, 4.

DE LA TRANSACTION.

Sommaire.

1054. Définition.
1055. La transaction n'exige pas que la chose qui en est l'objet soit litigieuse, il suffit qu'elle soit incertaine.
1056. Peut-on transiger sur un point qui a été décidé par un jugement? — Quand cette transaction est-elle nulle, quand valable?
1057. On ne peut transiger sur des matières qui sont d'ordre public. — Transactions en matière de délits.
1058. Peut-on transiger sur des points qui sont l'objet d'un testament, avant que le testament ait été ouvert et connu des parties. — Dissentiment avec Noodt.
1059. Des personnes qui sont incapables de transiger. Des tuteurs et curateurs, des mandataires généraux et spéciaux.
1060. Forme de la transaction.
1061. Quand la transaction doit-elle se faire par autorité de justice? De celle qui a pour objet un legs d'aliments.
1062. De la transaction sur un legs d'aliments, en droit français.
1063. Effets de la transaction. — Il n'y a pas lieu à revenir sur l'action qui en a été l'objet ni *ex causa poenitentiae,* ni *ex causa evictionis.*
1064. Suite. — Peine décernée contre le transgresseur lorsque la transaction a été confirmée sous serment. — Hors ce cas, on ne saurait se prévaloir de la fois à la transaction et de la stipulation pénale.
1065. Peut-on en droit français exiger à la fois la peine et l'exécution de la transaction? — Renvoi.
1066. Effets, à l'égard de la caution, de la transaction conclue par le débiteur principal.
1067. Effets de la transaction conclue par l'un des créanciers solidaires, à l'égard des autres créanciers, et de celle conclue par l'un des débiteurs solidaires, à l'égard des autres débiteurs.
1068. De l'effet de la transaction à l'égard des tiers. — Du cas où la dette sur laquelle il a été transigé par l'un des débiteurs ou l'un des créanciers, est divise et non solidaire. — De l'effet de la transaction intervenue entre l'héritier testamentaire et l'héritier légitime, 1° à l'égard des légataires, 2° à l'égard des créanciers de la succession.
1069. De l'erreur en matière de transaction. — Lacune qui existe sur ce point dans la doctrine des auteurs. — Question préalable de l'extension objective de la transaction.

1054. La transaction est une convention par laquelle, en se faisant des concessions réciproques, *aliquo dato, vel retento, vel promisso* (1), les parties s'accordent sur des prétentions litigieuses ou incertaines.

1055. Il n'est pas nécessaire que la cause de la transactinn soit litigieuse, il suffit qu'elle soit incertaine, *res dubia* (2). Les lois romaines nous fournissent de fréquents exemples de transactions où la cause n'est nullement litigieuse, mais incertaine seulement, en ce sens que le droit y dépend de quelque éventualité. Tel est le cas des LL. 1 et 16, C. II, 3, où le fidéicommissaire substitué pour le cas où l'institué mourra sans enfants, transige avec l'institué. Telle est encore l'espèce de la L. 8, D. II, 15, où il est question d'une prétention dont le montant dépend de la durée de la vie, et où le rentier viager transige avec le débiteur, transaction qui cependant, comme nous le verrons en traitant de la forme de la transaction, lorsque la rente est constituée par acte pour cause de mort, n'est valable qu'à la condition qu'elle ait lieu en justice et après enquête (n° 1062).

Il n'est donc pas nécessaire que le droit soit litigieux, il suffit qu'il soit incertain; il n'est pas même nécessaire qu'il soit litigieux ou incertain en soi, il suffit qu'il y ait indécision entre les parties, et que dans l'esprit de l'une d'elles, il y ait appréhension de litige, pour que cette partie ne soit pas admise à se plaindre, car, dit la L. 2, C. II, 4, il y a cause suffisante de transiger, lorsqu'on transige ne fût-ce que pour prévenir les frais, les embarras, les inquiétudes d'une contestation judiciaire.

(1) Comp. la L. 38, C. II, 4.
(2) L. 1 et L. 16, C. II, 3; — L. 1, L. 3, § 1, et L. 8, D. II, 15.

1036. S'il suffit qu'un droit soit incertain, ou qu'un procès éventuel soit évité, pour que la transaction ait un objet et qu'elle soit valable, elle serait nulle cependant si elle était intervenue sur un point qui fût décidé souverainement en justice, c'est-à-dire par un jugement passé en force de chose jugée, et ce qui aurait été promis ou payé pourrait être répété par la *condictio indebiti* ou *sine causa*. Mais pour cela il faut qu'il y ait *res judicata* dans le sens proprement dit; *quum de sententia indubitata, quae nullo remedio attentari potest, transigitur*, dit la L. 23, § 1, D. XII, 6; en d'autres termes, il est exigé que le jugement ne soit soumis ni à rescision pour dol ou pour minorité, ni à l'appel, c'est-à-dire qu'il soit inattaquable. Il faut aussi pour qu'il y ait lieu à répétition, que la partie dont les droits étaient établis par une telle décision souveraine, ait contesté l'existence de cette décision, car si malgré la connaissance qu'elle en aurait eue, elle avait transigé sans qu'aucune contestation se fût élevée sur la validité du jugement, elle serait censée avoir fait une remise volontaire, une donation. C'est pourquoi Paul dit au § 3, *Sent. Rec.*, I, 1 : *Post rem judicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet*. De sorte que la transaction intervenue sur un point jugé souverainement, doit être considérée comme une libéralité.

Mais ce principe qui s'appuie sur l'autorité d'Ulpien à la L. 23, D. XII, 6, semble contredit par les LL. 7 et 11, D. II, 15. Cependant ces lois ne font que le modifier sans l'abroger : il résulte en effet de leur rapprochement que bien qu'il ne puisse y avoir transaction sur un point souverainement décidé, en règle générale, la transaction cependant est valable lorsque l'existence ou la validité du jugement est révoquée en doute. Si en l'absence d'une preuve complète du jugement, le défendeur prétend qu'il n'y a pas de jugement, ou si, vu la violation de telle disposition de la loi, il soutient que le jugement est nul, s'il l'argue de renfermer quelques dispositions contradictoires avec la loi, ou d'être rendu par un juge non compétent ou entre parties ne pouvant ester en justice, ou de renfermer une condamnation trop générale et prêtant à l'arbitraire, ou d'avoir statué *ultra petita* (1), il peut y

(1) L. 6, C. VII, 37, — L. 3, C. VII, 46; — L. 18, D. X, 3.

avoir matière à transaction, quoique le délai d'appel soit d'ailleurs expiré et que le jugement, s'il est valable, ait acquis l'autorité de la chose jugée; il peut y avoir matière à transaction, dit la L. 11, D. II, 15 : *Quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest.* C'est pourquoi la L. 23, D. XII, 6, posant le principe que la transaction sur un point décidé par un jugement est nulle, ajoute cette double réserve : 1° Pourvu qu'on n'en ait pas appelé et qu'on ne puisse pas en appeler; 2° pourvu qu'il y ait un jugement, et que le jugement soit valable : *Quid ergo, si appellatum sit, vel hoc ipsum incertum sit, an judicatum sit, vel an sententia valeat...*

1037. Pour que la transaction soit valable, il faut qu'elle ne porte pas sur un objet soustrait au commerce des particuliers. Nous avons à appliquer ce principe à la poursuite et répression des crimes et délits, matière dans laquelle le droit romain a suivi des règles bien moins absolues que celles du droit moderne :

1° En ce qui concerne la poursuite des délits privés (vol, injure, infraction à la loi Aquilia, etc.), la transaction y est autorisée, même pour la peine.

2° Bien que d'autres principes régissent les délits publics, le droit romain admet cependant encore une exception : il distingue entre les délits qui entraînent la peine de mort et ceux qui ne sont point punis de cette peine. Pour ces derniers, la transaction était nulle, elle entraînait même des pénalités; la transaction chargeait en effet l'accusé d'une présomption de culpabilité, et l'accusateur encourait la peine du faux s'il avait accepté quoi que ce fût pour se désister de son accusation. Les crimes emportant peine de mort n'étaient point soumis à cette disposition; sur eux on pouvait transiger et la transaction n'établissait aucune présomption de culpabilité, car il est naturel, dit Ulpien, qu'on sacrifie tout pour sauver sa vie. Cependant l'adultère, quoique puni de mort dans les derniers temps, faisait encore exception, la transaction était là un fait honteux et punissable (1).

Du reste, on ne pouvait jamais transiger valablement sur un

(1) L. 18, C. II, 4. — § 4, Inst. IV, 18. — Nov. 134, c. 10.

délit futur, quel qu'il fût, de même qu'on ne le pouvait pas sur un dol futur, de tels contrats étant contraires aux bonnes mœurs (1).

1058. Pour qu'une transaction soit valable, il faut encore qu'aucune loi ne s'oppose formellement à ce qu'on transige sur le point incertain qui en est l'objet.

Cette remarque s'applique, à la L. 6, D. II, 15, qui défend de transiger sur un point douteux dépendant d'un testament, avant que ce testament ait été ouvert et que les parties en aient pris connaissance. Mais cette loi est l'objet d'une controverse. Plusieurs auteurs ont pensé que comme une telle transaction ne renferme rien de contraire aux bonnes mœurs ni à l'intérêt public, il aurait fallu qu'elle fût déclarée nulle par une disposition bien plus formelle que la L. 6, pour qu'elle dût réellement être considérée comme telle. C'est ce qu'enseigne G. Noodt (2). Il rapproche la L. 6 de la L. 1, D. XXIX, 3, où la première se trouve à-peu-près textuellement reproduite, et où le même jurisconsulte Gaius loue l'Édit de préteur, qui accorde à quiconque y est intéressé la faculté de prendre connaissance et copie du testament, en donnant pour motif de l'Édit les termes de la L. 6, à savoir que sans cette lecture on ne peut connaître la vérité. Et Noodt conclut de ce rapprochement que ce texte n'est pas à sa place au titre des *Transactions*, et que l'on ne saurait aucunement en inférer qu'une transaction intervenue avant l'ouverture du testament soit nulle; qu'aucune loi ne prononce cette nullité en termes formels; qu'au contraire, la L. 10, C. II, 4, dispose qu'un titre positif découvert après coup ne saurait annuler une transaction faite de bonne foi.

Cette interprétation est sans doute ingénieuse; mais il nous semble qu'elle n'a été imaginée que pour écarter une disposition que l'on a considérée comme exceptionnelle, et dont on n'a pas entrevu le véritable motif; nous ne saurions donc l'admettre. D'abord la L. 3, § 1, D. II, 15, prouve que la disposition de la L. 6 est prohibitive dans toute la force du terme, parce que dans

(1) L. 27, D. II, 14; — L. 34, C. II, 4. — L. 23, D. L, 17, etc.

(2) Noodt, *De pact. et transact.*, c. 18 (Op. I, p. 465). — Comp. Glück, *Pand.* V, § 349.

l'espèce d'une transaction sur un fidéicommis, elle déclare que malgré la transaction qui a eu lieu avant l'ouverture du testament, le fidéicommis doit être payé intégralement par l'héritier, d'où résulte bien évidemment la nullité de la transaction. Du reste, bien qu'au point de vue de nos mœurs, il soit difficile de se rendre compte de cette disposition strictement prohibitive de la L. 6, il ne l'est cependant pas, lorsqu'on se rappelle le respect superstitieux des Romains pour les dispositions de dernière volonté. N'est-ce pas mépriser la volonté d'un mourant que de transiger sur un testament avant même d'en avoir pris connaissance, avant de s'être assuré des vœux et intentions du défunt? A ce motif principal se joint cette considération : que la loi a peut-être voulu prévenir les fraudes dont les héritiers qui auraient connu les dispositions du testament, auraient pu se rendre coupables envers ceux qui les ignoraient (1).

1059. Comme toute transaction implique sacrifice, que l'on donne ou que l'on s'oblige, il n'y a de capables de transiger que les personnes qui ont la faculté d'aliéner ou au moins de s'obliger. En conséquence, ni les pupilles, ni les mineurs, ni les interdits, ne peuvent transiger sans le consentement de leurs tuteurs ou curateurs; s'ils transigent seuls, ils ne peuvent que rendre leur condition meilleure; ils obligent les autres, mais il ne s'obligent pas eux-mêmes. Le tuteur même ne peut dans tous les cas transiger valablement.

A cet égard cependant, il importe de faire une distinction : lorsqu'il s'agit d'immeubles, auxquels sont assimilés les meubles qui se conservent avec utilité et qui ne peuvent être aliénés sans décret, il faut le décret du juge toutes les fois que l'objet litigieux a été possédé par le pupille, et il ne pourra être cédé à la partie adverse que moyennant une valeur quelconque payée au pupille. Il en serait de même si pour obtenir la transactiou·le pupille devait donner une de ces choses, qui lui aurait appartenu, sans qu'elle fût l'objet d'un litige. Si, au contraire, il s'agissait de conserver au pupille une de ces choses moyennant un sacrifice con-

(1) A. Schulting, *Comm. acad.*, I, Diss. IV.

sistant en objets qui peuvent être aliénés sans décret, ou même s'il s'agissait de céder à l'adversaire l'immeuble qu'il possède, la transaction pourrait se parfaire avec le seul consentement du tuteur, sans décret. En effet, au premier cas, lorsqu'il s'agit de conserver l'immeuble au pupille, il n'y aurait pas aliénation d'une chose qu'il lui est défendu d'aliéner; et au second cas, lorsque la partie adversaire conserve un immeuble qu'il possède, moyennant un sacrifice qu'elle fait au pupille, l'immeuble ne peut pas être censé avoir été aliéné par le pupille, parce que dans le doute, c'est l'adversaire qui possède, qui doit être présumé propriétaire (1).

Pour ce qui est des mandataires, ils ne sont pas tous soumis à la règle. D'abord le *procurator in rem suam* est maître de l'affaire, il peut en disposer comme il veut, il peut donc transiger. Quant au mandataire général, il peut transiger, parce qu'il peut déférer le serment (2); et quant au mandataire spécial, il ne peut transiger valablement sans mandat *ad hoc*, sans une autorisation formelle; en effet, tout mandat spécial ne peut être étendu hors de ses limites.

1060. Tantôt la transaction est un acte qui doit se passer en justice et être confirmé par l'autorité du juge, tantôt elle est un acte extrajudiciaire et constitue un simple pacte, une stipulation ou un contrat innommé, de telle sorte cependant que comme acte extrajudiciaire la transaction ne produit une action que pour autant qu'elle ait été revêtue de la forme de la stipulation, ou qu'elle ait été transformée en contrat innommé par l'exécution qui a eu lieu d'une part. Le pacte de transaction non exécuté d'aucune part, n'opère que par voie d'exception; par conséquent, si l'action sur laquelle on a transigé, est intentée, le défendeur opposera l'exception *transactionis* et se libérera en payant ce qui a été promis par le pacte (3).

Mais si le demandeur, au lieu d'intenter l'action sur laquelle il a été transigé, demande extrajudiciairement l'exécution du pacte,

(1) Comp. Voet *ad Pand.*, II, 15, n. 2.
(2) L. 17, § ult., D. XII, 2.
(3) L. 21, C. II, 3.

et qu'il ne puisse l'obtenir de gré, que fera-t-il? Il intentera alors l'action sur laquelle la transaction a porté, dit la L. 18, D. II, 15, et si le défendeur lui oppose l'exception *transactionis*, il répliquera par l'exception *doli*, à l'effet de faire condamner le défendeur, non pas aux conclusions posées conformément à la cause sur laquelle il fut transigé, mais conformément à ce qui a été convenu par la transaction, de sorte que la transaction par pacte opère tous ses effets, mais par voie d'exception (1).

1061. Une seule espèce de transaction est soumise par la loi à l'homologation du juge, c'est celle qui a pour objet des aliments; des auteurs ajoutent : *des aliments* FUTURS; en effet, la pension alimentaire, en tant que le débiteur serait en demeure et qu'elle constituerait des arrérages, n'aurait plus les caractères de la véritable dette alimentaire, puisque c'est à une destination qu'elle n'a plus que cette qualité était attachée On peut donc transiger extrajudiciairement sur des aliments déjà échus, comme le porte la L. 8, C. II, 5.

Mais quand nous disons que les aliments doivent être dus pour l'avenir, nous n'indiquons qu'une première condition; il en est une seconde, c'est que les aliments aient été laissés par acte de dernière volonté, car la L. 8, § 8, D. II, 15, dit formellement que l'on peut transiger extrajudiciairement sur une dette alimentaire qui a été contractée par acte entre vifs.

Pourquoi une transaction sur des aliments stipulés par convention n'est-elle pas soumise à l'homologation du juge? Parce qu'on ne doit pas généralement suspecter la prévoyance de la personne qui a stipulé elle-même des aliments, tandis que lorsque les aliments proviennent d'un testateur, le testateur est mu généralement par la considération que la personne qu'il gratifie de cette manière a quelque penchant pour la prodigalité et est incapable d'administrer, de conserver un capital. Il y avait donc de justes motifs pour soumettre à l'homologation du juge la transformation d'une pension alimentaire en un capital une fois payé, moyennant une transaction. Certes, il peut y avoir des cas où la présomption

(1) Voyez la L. 28, C. II, 5.

de la loi tombe à faux, mais c'est précisément pour cela que l'autorisation du juge est requise; il homologue ou refuse. La L. 8, D. II, 15, entre à ce sujet dans des détails pour lesquels il suffira de renvoyer à ce texte.

Quant à la nullité qui résulterait du défaut d'homologation du juge, elle est relative et n'est établie que dans l'intérêt du créancier de la pension par conséquent, lui seul peut s'en prévaloir. Si quelque somme lui avait été payée à la suite d'une telle transaction par le débiteur de la rente, la L. 8, § 22, D. II, 5, décide que cette somme serait imputée sur les arrérages échus, et éteindrait ces arrérages, peu importe que le montant en fût plus élevé ou moindre. En effet, si les arrérages sont plus forts, ils sont éteints par l'effet de la transaction, car, nous venons de le voir, la transaction vaut pour les arrérages échus. S'ils sont moins considérables que la somme reçue, l'excédant ne pourra pas être imputé sur les aliments futurs, qui sont inaliénables, et que la transaction ne saurait atteindre. Toutefois, si le créancier de la pension alimentaire se trouve enrichi de cet excédant, il le devra restituer.

1062. En droit moderne, en vertu de l'art. 1004 du Code de procédure, le compromis sur les dons et legs d'aliments, de logement et de vêtements est nul, et d'après l'art. 581 de même code, ces mêmes objets sont insaisissables. Le code considère donc la pension alimentaire comme inaliénable; donc aussi d'après le code, la pension alimentaire du testateur ne peut être l'objet d'une transaction, et partant les règles que nous venons d'exposer sont encore applicables.

1063. La transaction valable a les effets de la novation, car l'obligation litigieuse ou incertaine est éteinte, et la nouvelle obligation résultant de la stipulation, du contrat ou du pacte prend la place de la première. Les effets de la novation sont complets et l'obligation incertaine ou douteuse est éteinte *ipso jure*, lorsque la transaction dans sa forme est une stipulation ou un contrat innommé; elle est éteinte par forme d'exception, lorsqu'elle n'est qu'un simple pacte.

L'intention de nover est nécessairement renfermée dans la

transaction, car le but de toute transaction est de mettre fin à une prétention incertaine, litigieuse, et d'y substituer la prétention sur laquelle on vient de s'accorder. Tel est le motif pour lequel les auteurs mêmes qui admettent un *jus poenitendi* comme caractère général, essentiel des contrats innommés *do ut des, do ut facias*, enseignent cependant que dans la transaction transformée en contrat innommé, ce *jus poenitendi* n'a pas lieu, mais qu'il y a lieu seulement à l'action *praescriptis verbis* en exécution de la transaction. C'est encore pour ce motif que dans le cas d'une transaction par simple pacte, le demandeur qui ne reçoit pas de gré ce qui lui revient à titre de transaction, ne peut néanmoins conclure conformément à la cause sur laquelle il a été transigé; il ne peut se prévaloir de l'action qui a été l'objet de la transaction, que pour obtenir l'exécution du pacte.

Pour nous qui n'admettons pas le *jus poenitendi* comme caractère général des contrats innommés, mais seulement comme caractère particulier de ceux de ces contrats qui, à cause de leur analogie avec le mandat, autorisent la partie qui a donné à l'effet que l'autre partie fit une prestation quelconque (*do ut facias*), à redemander ce qu'elle a donné, parce qu'elle est libre de révoquer le mandat (1); pour nous, la L. 6 n'est que la conséquence de ce principe général régissant les contrats innommés, à savoir : que lorsqu'il y a eu exécution d'une partie, et que l'autre a accepté cette exécution, celle-ci est tenue par l'action *praescriptis verbis*, de l'exécuter à son tour; par conséquent la disposition de cette loi n'est pas à nos yeux une exception.

Toutefois, l'intention de mettre fin à la prétention litigieuse intentée, intention qui implique novation, produit cet effet particulier, que l'éviction de la chose qui a été donnée pour obtenir la transaction, ne fait pas renaître, ainsi que cela a lieu dans les contrats innommés, l'ancienne prétention en vertu de la condiction *causa data, causa non secuta*, mais seulement l'action *utilis emti*, l'action *in factum praescriptis verbis* afin de dédommager celui qui a été évincé du préjudice de l'éviction. Pour garder la possession

(1) Voir plus haut les nos 89, 534, 868.

paisible d'un fonds, je conviens de donner au demandeur un autre fonds et je le lui donne; dans la suite le demandeur est évincé : il ne pourra pas reprendre contre moi son action en revendication, *instaurari decisam litem prohibent jura*, dit la L. 33, C. II, 5; mais il pourra seulement agir contre moi par l'action *in factum praescriptis verbis* en dommages-intérêts.

Donc, après une transaction qui a lieu par stipulation ou par contrat innommé, l'ancienne obligation est éteinte, et l'action qui aurait pu en résulter ne saurait être reprise ni *ex causa poenitentiae*, ni du chef d'éviction de la chose donnée *evictionis causa*. La L. 14, C. II, 5, n'est nullement contraire à ce principe, puisqu'elle décide que l'on retourne vers le *statu quo* seulement alors que les deux parties consentent à se départir de la transaction, ainsi que cela résulte clairement des mots *cum et tu hoc desideras*, et de la circonstance que ce qui avait été donné *transactionis causa* avait été rendu et accepté. Pareillement on retournerait à l'état de choses antérieur à la transaction, si par quelque clause commissoire, on avait à l'avance stipulé la résolution du contrat, si on avait stipulé par exemple qu'à défaut par le défendeur de payer telle chose dans tel délai, la transaction serait non avenue (1). Mais à défaut de pareille clause, l'une des parties ne saurait seule rompre la convention ni *ex causa poenitentiae*, ni *ex causa evictionis*.

1064. La transaction lorsqu'elle est confirmée par serment est même munie d'une sanction spéciale. En vertu d'un décret d'Arcadius (L. 41, C. II, 5), celui qui intentait une action sur laquelle il avait été transigé, non seulement demeurait déchu de son droit, mais encore devait restituer à l'autre partie ce qu'il avait reçu à titre de transaction, en même temps qu'il devait payer la peine, si une peine avait été stipulée contre le contrevenant. Toutefois, ce n'est là qu'une disposition exceptionnelle qui ne s'applique qu'à la transaction confirmée sous serment, car en règle générale, lorsqu'une peine a été stipulée on ne saurait à la fois exciper de la transaction et réclamer la peine; on a le choix de

(1) L. 4, § 2, D. XVIII, 3.

se prévaloir de la transaction et d'en exciper, ou d'exiger la peine, à moins de convention contraire (1).

1065. C'est en droit français une question controversée que de savoir si le créancier peut poursuivre à la fois l'exécution de la transaction et la peine, alors que ce droit ne lui est pas formellement attribué par la convention. Contre l'opinion de Toullier, nous avons résolu cette question négativement, au nº 158, auquel il nous suffira de renvoyer.

1066. De ce que la transaction, lorsqu'elle est civile dans sa forme, est une véritable novation, il suit que la transaction survenue entre le créancier et le débiteur principal, libère la caution, et cela, dit la L. 7, § 1, D. II, 15, même après que la caution a été condamnée par un jugement passé en force de chose jugée, car ce jugement n'a fait que confirmer une obligation accessoire, et l'obligation principale étant détruite *ipso jure* par la transaction, l'obligation accessoire, si bien établie qu'elle soit, ne peut plus subsister, *quasi omni causa et adversus reum et adversus fidejussorem dissoluta. Vice versa,* à cause de l'effet extinctif de la transaction, et par argument de la L. 31, D. XLVI, 2, on doit admettre aussi que la caution ayant transigé, le débiteur principal sera libéré. Toutefois, lorsque le créancier exercera son recours contre le débiteur principal, celui-ci aura le droit de discuter l'utilité de la transaction et de restreindre son obligation comme mandant, dans le cercle de cette utilité.

1067. De ce que la transaction a les effets de la novation, il suit encore que par la transaction de l'un des créanciers solidaires avec le débiteur, celui-ci est libéré envers tous, de même que par la transaction de l'un des débiteurs solidaires avec le créancier, les autres débiteurs solidaires sont libérés lorsque la solidarité est une corréalité; il en serait autrement d'une solidarité dans le sens général du mot (2).

Quant au cas où les créanciers solidaires sont associés, comme

(1) Voyez les LL. 15 et 16, D. II, 15; — 10, § 1, D. II, 14; — 17 et 40, C. II, 4. Comp. Voet *ad Pand.*, II, 15, nº 24. — Voyez aussi plus haut le nº 157.

(2) L. 31, D. XLVI, 2; — L. 1, C. II, 5.

alors ils ne sont considérés, d'après la L. 27, D. II, 14, que comme ayant chacun un mandat spécial à l'effet de recevoir le paiement, sans qu'ils puissent nover, sans qu'ils puissent autrement disposer de la créance, il s'ensuit que la transaction de l'un des créanciers solidaires associés ne vaudrait que pour la part qui lui reviendrait, que cette transaction ne saurait nuire aux autres créanciers. Et quant à la transaction qui serait intervenue entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, nous pensons que suivant le principe de la L. 27, on ne doit considérer les débiteurs solidaires associés, que comme ayant mandat à l'effet de payer l'un pour l'autre; par conséquent, si l'un d'eux avait transigé, la transaction ne vaudrait que pour sa part, et les autres ne seraient nullement empêchés d'opposer au créancier leurs défenses et exceptions.

1068. Bien que la transaction, puisqu'elle implique novation, opère à l'égard de tous ceux qui sont obligés accessoirement ou principalement, lorsque la solidarité est étroite, lorsqu'elle est une corréalité, cependant elle n'étend pas ses effets jusqu'aux tiers, jusqu'à ceux qui ne sont pas *correi*, qui ne sont pas parties dans la transaction ni dans la cause sur laquelle il a été transigé. C'est pourquoi en matière d'obligations divisibles et non solidaires, comme la divisibilité de l'obligation a pour effet d'établir virtuellement autant d'obligations distinctes qu'il y a de débiteurs ou de créanciers, il est évident que la transaction avec l'un des créanciers ou des débiteurs, ne saurait profiter ni nuire aux autres créanciers ou aux autres débiteurs, et la L. 1, C. II, 4, nous montre qu'il en est de même du cas où la solidarité n'est pas une corréalité, c'est-à-dire ne résulte pas de la stipulation ou du testament, puisque cette loi déclare que la transaction intervenue entre le pupille devenu majeur, et l'un des tuteurs qui ont géré, ne profite pas aux autres tuteurs, par conséquent ne leur nuit pas. C'est pourquoi encore la transaction intervenue entre l'institué et l'héritier *ab intestat*, n'a aucun effet à l'égard des légataires, lesquels ne pourraient pas poursuivre l'héritier testamentaire pour obtenir de lui le paiement de leurs legs, sans égard aux concessions que cet héritier aurait faites à l'héritier légitime

ou légitimaire (1). Toutefois, en vertu de la règle que tout demandeur doit prouver le fondement de sa demande, le légataire aura à prouver la validité du testament; mais pour établir cette validité, il doit seulement prouver que le testament est valable dans sa forme externe, et que le testateur et l'héritier ont été capables au moment voulu par la loi. L'omission d'un héritier nécessaire n'annulerait par le testament en ce qui concerne les droits du légataire, d'après la Nov. 115.

Quant aux créanciers d'une succession qui aurait été l'objet d'une transaction entre l'héritier testamentaire et l'héritier légitime, il y a une différence notable entre eux et les légataires, en ce que leurs droits ne dépendant aucunement de la validité du testament, comme ceux des légataires, mais qu'ayant leur cause dans des titres antérieurs au décès, ils doivent dans tous les cas trouver leur satisfaction dans la personne de l'héritier soit testamentaire soit *ab intestat*. Toutefois, comme la transaction entre l'institué et l'héritier légitime laisse indécise la question de savoir quel est le véritable héritier, le législateur, pour ne pas méconnaitre les effets de la transaction, a soumis les parties qui ont transigé, l'institué et l'héritier légitime, au paiement des créances, chacun dans la proportion de la part qu'en vertu de la transaction il prend dans la succession. Cette question est décidée ainsi à la L. 14, D. II, 15, dont le texte a présenté cependant quelques doutes, et qui est ainsi conçue : *Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est, eaque transactione facta, certa lege finita est; quaero, creditores quem convenire possint? Respondit, si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent : si alii creditores essent, propter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est.* Plusieurs jurisconsultes croient que dans ce texte il y a une omission, et par conséquent après ces mots : *Qui transactionem fecissent,* ils suppléent : *Id observandum de aere alieno quod inter eos convenisset.* Il faut en convenir, cette manière de combler cette prétendue lacune est appuyée par le texte des Basi-

(1) L. 3, D. II, 15.

liques; c'est pourquoi Cujas et Haloander ont adopté cette leçon. Toutefois, ainsi que l'ont démontré d'autres jurisconsultes, le texte florentin, sans qu'il soit besoin d'y rien ajouter, présente un sens plus juridique que celui qu'on veut y substituer. Les deux héritiers qui ont transigé, dit la L. 14, sont tenus *utilibus actionibus.* En effet, d'après le droit civil aucun des deux n'est réellement héritier, leur qualité est incertaine, mais en vertu de la transaction ils sont devenus des possesseurs *pro herede;* c'est pourquoi les créanciers ont les actions utiles, et ils ont ces actions, n'importe, dit la L. 14, qu'ils soient eux-mêmes les héritiers qui ont transigé, ou qu'ils soient des tiers créanciers. Tel est le sens des mots : *Si iidem creditores essent qui transactionem fecissent; si alii creditores essent*... D'autre part, il est évident que les mots *id observandum*.... ne formeraient qu'une vaine redondance; tandis que dans l'examen de la question de savoir à qui, en cas de transaction entre les deux héritiers, les créanciers auraient à s'adresser, il était important de songer à l'hypothèse où les héritiers étaient créanciers ou tiers. Donc, si les héritiers sont créanciers, celui qui n'est pas créancier devra payer à l'autre la dette, à raison de la part qu'il prend dans la succession, de même que le véritable héritier, s'il est créancier du défunt, peut demander à son cohéritier à raison de sa part, le paiement de sa créance. Ajoutons en faveur du texte florentin, qu'il n'est pas rare de trouver dans les auteurs classiques, *si* employé pour *sive,* en vertu d'une contraction.

1069. Les commentateurs ne s'accordent guère en principe, sur l'influence de l'erreur en matière de transactions. Quelques-uns se bornent à dire que l'erreur le plus souvent ou généralement n'annule pas la transaction. Mais il ne faut pas confondre ici deux questions distinctes, dont la première cependant prépare la solution de la seconde. Nous examinerons d'abord l'effet de la transaction quant à son extension objective; nous ferons ensuite l'application des principes que nous aurons établis.

Relativement à cette extension, il faut suivre le principe applicable à toutes les conventions, de ne pas les étendre au-delà de leurs termes, principe dont l'observation est ici d'autant plus ri-

gourcuse, que toute transaction implique une remise, unc renonciation, et que dès lors surtout on ne saurait se diriger par des présomptions (1).

La transaction est de stricte interprétation; c'est pourquoi Marc-Aurèle dans un édit, L. 8, § 12, D. II, 15, a prescrit que celui qui transige sur des aliments, n'est pas censé avoir renoncé à l'habillement ni à l'habitation, au prix de la somme stipulée à titre de transaction, bien que du reste, par une interprétation extensive favorable au légataire, le legs des aliments comprenne aussi l'habitation et les habillements (2).

Pareillement, d'après la L. 9, § 3, D. II, 15, un enfant qui n'était pas certain d'avoir la *querela inofficiosi* contre le testament de son père, et qui a transigé sur d'autres points déterminés, ne sera nullement empêché d'intenter par la suite la *querela inofficiosi* dont il n'a pas été fait mention dans la transaction; ***tantum in his interpositum factum nocebit, de quibus inter eos pactum esse probatur***. Même lorsque la transaction est générale dans sa forme, elle ne s'étendra pas à des obligations auxquelles les parties ne sauraient être censées avoir songé en transigeant. La transaction générale se faisait ordinairement dans la forme de la stipulation Aquilienne. Cette stipulation, dit la L. 4, D. II, 15, a pour effet de nover et d'éteindre toutes les obligations précédentes, puis la stipulation elle-même est éteinte par une acceptilation. Cependant, dit la L. 5, D. *eod.*, malgré cet effet général, les causes de litige auxquelles on n'a pas songé en transigeant, demeurent en état : ***in suo statu retinentur***. L'interprétation des jurisconsultes a introduit cette limitation au droit strict, elle a brisé, dit Papinien, une libéralité captieuse : ***Liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentum fregit***. En effet il est évident que ce serait surprendre une libéralité que d'étendre la transaction, même générale, à un objet auquel les parties n'ont pas songé en transigeant.

La L. 29, C. II, 24, nous présente une première application

(1) Ce principe se trouve énoncé et appliqué dans plusieurs textes : L. 3, § 1; L. 5, L. 8, § 12; L. 9 pr.; L. 12, D. II, 15; — L. 29, C. II, 4, etc.

(2) L. 6, D. XXXIV, 1.

de ce principe. Une transaction générale, dit cette loi, ne peut pas être rescindée sous le prétexte que certaines espèces qui font partie du genre sur lequel il a été transigé, auraient été découvertes seulement après la transaction. Si une espèce appartenant à ce genre s'était trouvée au moment de la transaction en d'autres mains, cette espèce ne serait pas censée comprise dans la transaction. Pourquoi? parce qu'il serait impossible que la partie qui a transigé y ait songé.

Il est évident et à cause des principes généraux et par les termes de ce rescrit, que la L. 29 n'a pas été rendue dans une hypothèse où la transaction portait sur une universalité de droits, sur une succession. Cela résulte d'abord des mots *specierum post repertarum,* opposés à *generalis transactio,* transaction d'un genre; et ensuite cela résulte encore de la L. 78, § 16, D. XXXVI, 1, où les titres, c'est-à-dire les valeurs ou créances que l'on découvre après la transaction intervenue sur une succession, entre le fiduciaire et le fidéicommissaire, ne changent absolument rien à la convention des parties, parce que celui qui transige sur une succession, comprend dans la transaction non seulement les choses déterminées, les *genera,* mais les droits mêmes. Par conséquent il importe peu alors que toutes les choses se trouvent dans la possession actuelle de la partie qui transige ou en de tierces mains; la transaction s'étend sur l'universalité des droits, elle comprend donc aussi les objets qui se trouvent en tierces mains; tandis que le genre étant limité, celui qui transige sur un *genus* n'est censé transiger que sur les espèces qui apparaissent comme appartenant à ce genre. Supposons, par exemple, un mandant transigeant avec son commis de commerce sur toutes les acquisitions faites pour le compte du mandant; au lieu de faire rendre par le commis un compte général, voyant les objets dont il est nanti, le mandant stipule une somme et se désiste en faveur du mandataire de tous droits et actions; au moment de la transaction certaines espèces acquises par le commis se trouvent en de tierces mains, par conséquent elles n'y sont pas comprises, parce que le mandant peut soutenir à bon droit qu'il n'y a pas songé.

Par ce même motif, que la transaction même générale ne s'étend pas aux objets auxquels les parties n'ont pas songé lors de la transaction, celui qui a transigé uniquement sur un testament, conserve entiers les droits qui peuvent résulter en sa faveur d'un codicille découvert après coup, car il n'a pas pu penser au codicille dont en ce moment il ne connaissait pas même l'existence (1).

Enfin, la L. 31, C. II, 4, porte : Si on transige sur une cause, et que le demandeur se soit engagé à ne plus rien exiger au-delà de ce qu'il a reçu, cette clause *non amplius agi,* ne se rapportera qu'à la cause sur laquelle il a été transigé, et toutes les actions provenant d'autre cause demeurent réservées au demandeur, ne les eût-il pas réservées *in terminis,* car la transaction ne peut être étendue au-delà de ses termes.

Donc en résumé, quant à l'extension objective de la transaction, elle ne peut s'étendre au-delà de ses termes, et tout ce à quoi les parties n'ont pas songé ou n'ont pu songer, se trouve en dehors des termes de la transaction soit générale soit spéciale. L'analyse des textes nous a conduit à cette règle générale, qui est dans une harmonie aussi parfaite avec la nature de la transaction qu'avec les divers textes qui se rapportent à cette matière.

1070. Ce principe posé, voyons les conséquences qui en découlent pour les questions spéciales que nous avons à résoudre. L'erreur, en matière de transaction, annule le contrat lorsqu'elle tombe sur un point que les parties ont considéré comme certain, c'est-à-dire comme existant ou n'existant pas, sans qu'elles aient manifesté de doute sur son existence ou sur sa non-existence; l'erreur n'annule pas la transaction, lorsqu'elle tombe sur un point que les parties ont considéré, en transigeant, comme incertain, comme éventuel ou comme indéterminé. Voyons l'application de cette règle aux textes :

L. 42, C. II, 4. — En vertu de cette constitution la transaction est nulle, lorsqu'elle porte sur une prétention à l'appui de laquelle ont été produits des titres faux. Toutefois cette loi ajoute : que

(1) L. 3, § 1, et L. 12, D. II, 15.

la transaction est valable, si elle a porté sur les titres mêmes, en tant que leur sincérité aurait été révoquée en doute, en tant qu'ils auraient été argués de faux, *nisi forte etiam de eo quod falsum dicitur, controversia orta decisa sopiatur*. Par rapport à l'erreur sur le titre, cette loi distingue donc deux cas :

1° Une transaction a lieu sur une prétention; cette prétention était contestée, mais la contestation ne roulait pas sur la sincérité des titres qui avaient été produits, ils avaient été considérés comme sincères, certains; la contestation roulait sur des exceptions opposées à la demande, par exemple la prescription, ou enfin elle roulait sur tout autre moyen de libération invoqué par le défendeur. Dans cet état de choses, et alors que les parties ont transigé sur ces doutes, sans en avoir aucun sur la sincérité même des titres, on trouve après la transaction que les titres sont faux; la transaction sera nulle, car elle n'a pu porter sur un point que les parties ont considéré comme certain, elle n'a pas porté sur les titres.

2° La partie contre laquelle les titres ont été produits s'est doutée de leur défaut de sincérité, et la transaction est intervenue sur ce point, que les parties ont considéré comme incertain : dans ce cas la partie qui a transigé, ne pourra plus prouver que les titres sont faux, car la transaction a précisément eu pour but de prévenir le litige.

Nous avons vu plus haut que la transaction dans une cause souverainement décidée par un jugement à l'insu des parties, est nulle; que cependant la transaction est valable lorsque les parties qui ont transigé ont douté de l'existence ou de la validité de cette décision même. Pourquoi la transaction est-elle nulle au premier cas, lorsque les parties ont ignoré l'existence du jugement? Parce que, ayant ignoré le jugement, elles ont considéré comme certain ce point : que le litige n'était pas encore décidé, et que certainement elles n'auraient pas transigé si elles avaient eu connaissance du contraire. Au second cas, lorsque les parties ont eu des doutes sur l'existence du jugement, la transaction est valable, quel que soit l'événement. Ainsi, supposez que le jugement soit découvert après la transaction, celle-ci reste valable, la partie qui aura transigé sur ce point, ne pourra se prévaloir de la découverte pour

faire annuler la transaction, qui a une cause suffisante dans le doute et l'incertitude des parties.

L. 36, D. X, 2. — Je considère quelqu'un comme mon cohéritier et je transige avec lui : la transaction sera nulle si ensuite il est établi qu'il n'est pas mon cohéritier, car les parties ont considéré comme un fait certain et constant leur qualité d'héritier; ce qui était incertain, c'était le montant de la succession, la part de chaque héritier; c'est sur cela qu'ils ont transigé, et nullement sur al qualité d'héritier même; leur erreur sur ce dernier point annule donc la transaction. C'est cette L. 36 qui a fait considérer généralement l'erreur sur la personne comme une cause de nullité en matière de transaction. Mais remarquons bien que cette loi ne suppose aucune erreur sur la personne, c'est-à-dire sur l'individualité des parties, l'erreur ne porte que sur la qualité d'héritier; or, d'après ce que nous venons de voir, l'erreur sur cette qualité, dans l'espèce de la L. 36, annule la transaction, non pas comme étant une erreur sur la personne, mais uniquement parce qu'elle constitue une erreur sur un point que les parties avaient considéré comme certain, et sur lequel elles n'ont par conséquent pas songé à transiger.

L. 3, § 2, D. II, 15. — Je transige avec celui que je crois être héritier de mon débiteur : la transaction est nulle, parce que je me suis trompé sur un point que j'ai considéré comme certain, à savoir que tel était héritier, tandis qu'il ne l'était pas : je conserve donc mon action contre mon débiteur, l'autre aura la *condictio sine causa.*

L. 78, §16, D. XXXVI,1. — Supposons au contraire l'hypothèse où les parties n'ont pas été en erreur sur des points considérés comme certains, mais seulement sur des points qu'elles avaient considérés comme incertains et qui comme tels ont motivé leur transaction. Dans ce cas, la transaction sera valable. Le fiduciaire transige avec le fidéicommissaire sur le testament, sur la restitution. Les parties n'avaient pas songé à se contester leur qualité; la transaction ne portant que sur le montant, la valeur, l'éventualité de la restitution fidéicommissaire, cette éventualité seule a été fixée par la transaction. Après que celle-ci a été con-

clue de bonne foi, le fiduciaire découvre plusieurs titres de créance qui viennent augmenter considérablement l'actif de la succession. La transactiou est valable et le fiduciaire ne doit rien de ce chef au fidéicommissaire : la transaction a porté sur ce qu'il y avait d'incertain dans les droits du fidéicommissaire; l'erreur tombe sur ce point, par conséquent elle est sans effet sur la validité de la transaction.

L. 2, C. II, 4. — Supposons que dans le doute, une personne transige et paie à ce titre une somme que par la suite elle a trouvé ne pas devoir. L'héritier légitime a transigé avec l'héritier testamantaire sur la validité du testament. Il offre de prouver ensuite que le testament est nul, révoqué, qu'il ne devait pas ce qu'il a payé : d'après la L. 2, la transaction est valable, l'erreur tombant sur le point considéré comme douteux.

L. 6, C. I, 18. — Cette dernière loi nous dit qu'il n'en est pas de la transaction comme du paiement indu. Celui qui se trompe en faisant un paiement, ou celui qui doute seulement, sans que cependant une transaction soit intervenue sur ce doute, a la *condictio indebiti.* Mais celui qui a transigé sur un doute ne l'a point, parvint-il même à prouver qu'au moment où il a transigé il ne devait rien, car à défaut de toute autre cause, dit la L. 65, § 1, D. XII, 6, le paiement a une cause suffisante dans la transaction (1).

1071. Mais si la partie qui a transigé ne peut pas se prévaloir des preuves ou des titres qu'elle a découverts après la transaction, et qui prouveraient qu'elle s'est trompée en transigeant, elle peut cependant demander la rescision de la transaction, si par le dol de la partie elle a été induite en erreur, ou si les titres dont elle aurait pu se prévaloir alors, lui ont été soustraits (2).

Ainsi, si d'après la L. 78, § 16, D. XXXVI, 1, le fidéicommissaire qui a transigé avec le fiduciaire doit respecter la transaction, alors même que le fiduciaire a trouvé des titres de créances

(1) Il sera utile de rapprocher de ces explications celles que nous avons données sur l'erreur dans les conventions en général, plus haut nos 94 et suivants.

(2) L. 65, § 1, D. XII, 6; — L. 19, C. II, 4.

qui augmenteraient considérablement la succession, la L. 35, D. II, 14, nous montre qu'il en serait autrement si, au moment de la transaction, des valeurs ou titres avaient été frauduleusement soustraits de la succession, objet de la transaction. Généralement, si les titres découverts après transaction n'infirment point celle-ci, en supposant que ces titres se rapportent au point douteux, ils la rendent rescindable s'ils ont été distraits par le dol d'une partie.

Quant à la violence, elle a dans la transaction le même effet que dans toute autre convention. Elle rend toute convention rescindable en vertu de l'action *quod metus causa* qui, à la différence de l'action *doli,* se donne contre les tierces personnes non complices, lorsqu'elles possèdent des objets extorqués par violence (1).

1072. Dans le système des auteurs qui admettent que le vendeur seul peut attaquer le contrat pour lésion d'outre-moitié, et que la L. 2, C. II, 44, ne souffre aucune application analogique, il est évident que la rescision de la transaction pour cause de lésion ne saurait être admise. Mais dans le système même des jurisconsultes qui dans les contrats onéreux en général fondent la rescision pour lésion énorme sur l'analyse de la L. 2, C. IV, 44, l'on doit encore excepter la transaction; car ayant pour objet de sacrifier l'incertain pour le certain, il y a dans toute transaction quelque chose d'aléatoire qui exclut l'idée de lésion. Du reste, non seulement les règles de la saine interprétation des lois, mais même des textes formels s'opposent à la rescision en matière de transaction. De ce nombre sont tous les textes qui assimilent la transaction au jugement passé en force de chose jugée et au serment (2).

1073. Nous avons déjà vu que l'éviction de la chose donnée par l'une des parties à titre de transaction, ne donne à l'évincé que l'action *praescriptis verbis,* afin de poursuivre les dommages-intérêts résultant de l'éviction, mais ne lui donne pas, comme dans les autres contrats innommés d'un *dare,* le droit de revenir sur

(1) L. 13, C. II, 4. — L. 14, § 3, D. IV, 2. — Comp. nos 117-121.

(2) L. 20, C. II, 4; — L. 2, D. XII, 2; — L. 78, § 16, D. XXXVI, 1. — Voet *ad Pand.*, II, 15, no 24. — Comp. plus haut les nos 522. 523, 1026, etc.

ce qui a été fait, et d'intenter derechef l'action qui était l'objet de la transaction (1). Mais que faut-il décider si on a été évincé de la chose même qui a été l'objet de la transaction? Dans ce cas, la partie évincée aurait-elle un recours contre l'autre partie, comme dans la vente et l'échange? — La question n'est pas décidée par les textes; mais il faut y répondre négativement: il n'y a pas lieu à garantie, car celui qui transige, ne fait que renoncer à des prétentions qu'il peut avoir; il ne contracte essentiellement qu'en vue de droits qui sont incertains; comment donc pourrait-il être censé s'être engagé à faire avoir la chose litigieuse à celui qui en vertu de la transaction en conserve la possession.

(1) Voir plus haut le n° 1063, et la L. 33, C. II, 4.

DE LA CONFUSION.

Sommaire.

1074. Il y a confusion lorsque par l'acceptation pure et simple d'une succession, les qualités de débiteur et de créancier se trouvent réunies dans une même personne.

La confusion est rangée parmi les modes d'éteindre une obligation, parce que souvent elle fait naître un état de choses qui, s'il eût existé dès le principe, eût rendu l'existence de l'obligation impossible. Nous disons souvent, car il y a des cas où laissant subsister l'obligation, la confusion ne fait que dégager une personne, soit un des créanciers, soit un des débiteurs, des liens solidaires de l'obligation. On conçoit qu'en pareil cas l'obligation subsiste par la même raison qu'elle eût pu se former si dans le principe il y avait eu un créancier ou un débiteur de moins.

Quand donc la confusion éteint-elle l'obligation, et quand se

borne-t-elle à en dégager seulement (*eximere*) une personne?

Mühlenbruch distingue à cet égard trois cas :

1° En règle générale, la réunion des qualités de créancier et de débiteur dans une seule et même personne, éteint l'obligation, à moins que dans une obligation solidaire, active ou passive, la confusion ne s'opère entre l'un des créanciers et le débiteur, ou entre l'un des débiteurs et le créancier.

2° Si parmi plusieurs débiteurs solidaires, un débiteur succède à l'autre, il n'y a pas même confusion proprement dite, car celle-ci suppose la réunion des qualités de créancier et de débiteur, et rien n'est changé si les deux débiteurs sont principalement obligés. Si l'un d'eux ne l'est qu'accessoirement, l'obligation accessoire est éteinte, à moins qu'elle ne soit la plus efficace, c'est-à-dire à moins qu'elle ne soit munie d'une action tandis que l'obligation principale n'en serait pas munie.

3° Si l'un des créanciers solidaires succède à l'autre, il n'y a pas non plus confusion, mais le créancier qui a succédé pourra, à son choix, agir soit de son chef soit du chef de son auteur.

Ces propositions sont justes au fond, comme nous l'établirons par l'explication des textes qui en contiennent des applications; mais il y a quelque utilité à joindre les deux dernières, en s'écartant ainsi des distinctions de Mühlenbruch.

1075. Dans l'examen de la première proposition, nous avons à distinguer deux cas, avec la L. 71, D. XLVI, 1 — : *a.* Le cas où il n'y a qu'un débiteur et un créancier; — *b.* celui où l'obligation est solidaire, soit activement soit passivement.

Si dans le premier cas, les qualités de débiteur et de créancier se confondent dans une seule personne, toute l'obligation est éteinte, et tout ce qui était obligé accessoirement, cautions, *mandatores*, hypothèques, sera libéré par l'effet de la confusion, comme s'il y avait eu paiement. Telle est la règle générale.

Cependant la L. 95, § 2, D. XLVI, 3, fait mention de deux cas où, par l'effet de l'adition d'hérédité, une obligation loin de s'éteindre, gagne en efficacité. Cette loi mentionne donc trois effets différents de l'adition de l'hérédité.

Première hypothèse : — *Aditio hereditatis nonnunquam jure*

confundit obligationem, veluti si creditor debitoris, vel contra debitor creditoris adierit hereditatem. Si un créancier succède à son débiteur ou réciproquement, l'obligation est confondue, dit notre texte, c'est-à-dire qu'elle est complétement éteinte comme s'il y avait eu paiement.

Seconde hypothèse : — *Aliquando pro solutione cedit,* continue la L. 95, *si forte creditor, qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos crediderat, heres ei exstitit; non enim quanto locupletior pupillus factus est, consequeretur, sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet.* — Voici l'hypothèse à laquelle se rapporte cette partie du texte. Celui qui avait fait un prêt au pupille non autorisé par le tuteur, devient son héritier. Il est grevé de legs qui épuisent la succession, ou d'un fidéicommis universel : dans l'un et l'autre cas il a le droit de retenir la quarte soit Falcidienne soit Trébellienne, et de retenir aussi ce qui lui est dû par la succession; donc il a pu retenir ce qui lui était dû à titre de prêt fait au défunt, car l'obligation du pupille est naturelle à l'égard de tous, excepté à l'égard du pupille lui-même, et ainsi il est évident que par l'adition d'hérédité l'obligation a gagné en efficacité.

Voyons la troisième hypothèse où l'obligation gagne encore en efficacité, en ce que cette fois l'adition de l'hérédité fait disparaître une exception péremptoire qu'on eût pu opposer à l'obligation. Mais remarquons à l'avance que dans cette hypothèse il ne s'agit pas d'une confusion proprement dite, car ce ne sont pas les qualités de créancier et de débiteur qui se trouvent confondues par l'adition de l'hérédité, ce sont deux débiteurs qui se succèdent, dont l'un était muni d'une exception qu'il perd par l'adition d'hérédité, car le motif sur lequel l'exception était fondée est venu à cesser : *Aliquando evenit, ut inanis obligatio aditione hereditatis confirmetur, nam si heres qui restituerit ex Trebelliano hereditatem, fideicommissario heres exstiterit; vel mulier quae pro Titio intercesserat, eidem heres extiterit : incipit obligatio civilis propter hereditatem ejus, qui jure tenebatur auxilium exceptionis amittere.* Ce passage mentionne deux cas où l'adition d'hérédité confirme une obligation que le droit civil avait dépouillé de son efficacité :

1° Le fiduciaire restitue l'hérédité au fidéicommissaire *ex senatus-*

consulto Trebelliano. Il n'est donc tenu qu'à raison du quart envers les créanciers de la succession : pour le surplus, il excipe du sénatusconsulte et renvoie les créanciers au fidéicommissaire. Mais ensuite il devient héritier du fiduciaire; dès ce moment il est tenu pour le tout, il perd son exception.

2° La femme qui par une *expromissio* était intervenue pour Titius, devient son héritier : dès ce moment elle ne pourra plus opposer l'exception du sénatusconsulte Velléien, car, dit le texte, le droit civil ne vient au secours de la femme que pour autant qu'elle s'expose à subir une perte pour autrui. Si elle s'expose pour elle-même, comme lorsqu'elle accepte une hérédité, qui est ici celle d'un débiteur pour lequel elle était intervenue, l'exception cesse : *Etenim inconditum est subvenire sexui mulieris quae suo nomine periclitetur*.

Tels sont les deux cas exceptionnels où la confusion confirme l'obligation. La règle générale est, comme dans notre première hypothèse, qu'entre créancier et débiteur la confusion éteint l'obligation d'une manière absolue.

1076. Lorsque dans une obligation solidaire, active ou passive, l'un des créanciers succède au débiteur ou l'un des débiteurs au créancier, l'adition de l'hérédité n'opère pas l'extinction de l'obligation, il n'y a alors que confusion de personnes, et il en résulte seulement qu'une personne se trouve dégagée du lien de l'obligation (1). De là il suit ultérieurement que si la solidarité est active, et que l'un des créanciers succède à l'un des débiteurs ou *vice-versa*, les autres créanciers pourront réclamer soit du débiteur-successeur, soit de leur cocréancier toute la somme due, si les créanciers ne sont pas associés, et cette même somme moins la part revenant au créancier décédé ou au débiteur qui le représente, si les créanciers sont associés (2). Si la solidarité est passive et qu'un débiteur solidaire succède à un créancier, ce débiteur sera censé n'avoir jamais été obligé et ses cautions personnelles seront dégagées; mais les autres débiteurs restent obligés avec leurs cautions. Le débiteur devenu l'héritier du créancier pourra pour-

(1) L. 71 pr., D. XLVI, 1.
(2) Voet *ad Pand.*, XLVI, 2, n° 22.

suivre chacun des autres débiteurs solidaires pour le tout, s'ils n'ont pas été associés, et seulement déduction faite de sa part, s'ils ont été associés. Il en serait de même si le créancier était devenu héritier de l'un des débiteurs solidaires.

1077. Les deux dernières propositions énoncées au n° 1074 concernent le cas où il n'y a pas confusion proprement dite, où les qualités de créancier et de débiteur ne se confondent pas dans la même personne. Il peut arriver, ou que l'un des créanciers solidaires succède à un autre créancier, ou que l'un des débiteurs solidaires succède à l'autre débiteur, ou enfin que l'un des débiteurs qui n'était obligé qu'accessoirement, succède à l'autre.

Quant aux deux premiers cas, si l'un des créanciers solidaires succède à l'autre, ou l'un des débiteurs solidaires à l'autre, les actions et obligations ne se confondent pas en une seule, car il serait impossible de dire en pareil cas laquelle des deux obligations serait éteinte. Donc si le créancier succède au créancier, il acquiert deux actions; il peut agir comme il veut, soit en son nom personnel, soit en qualité d'héritier de son créancier, d'où suit que si le débiteur pouvait opposer à l'un de ses créanciers solidaires une exception, le créancier pourra agir en telle qualité qui rendra l'exception inadmissible. Ainsi, si le débiteur a pu opposer l'exception au créancier survivant, ce créancier agira au nom du créancier décédé qu'il représente (1). Et de ce que les obligations de deux débiteurs solidaires dont l'un succède à l'autre, ne se confondent pas, il suit que si l'un des débiteurs avait une exception, le débiteur héritier pourra toujours l'opposer soit en son nom, soit comme représentant l'autre débiteur (2).

Enfin, si le débiteur principal succède à la caution ou celle-ci au débiteur principal, il en est différemment; dans ce cas l'obligation accessoire s'éteint, parce que personne ne saurait être sa propre caution; de même que le cautionnement ne saurait se contracter dès le principe par le débiteur lui-même, ainsi il ne saurait subsister après confusion (3). Si cependant il y a deux débiteurs solidaires et que la caution succède à l'un d'eux, elle demeure

(1) L. 93 pr., et L. 43, D. XLVI, 3.
(2 et 3) L. 93, §§ 2 et 3, D. XLVI, 3.

obligée, et comme caution à cause de l'autre codébiteur, et comme débiteur principal, à cause de la succession. Elle pourra donc payer en l'une ou l'autre qualité, ce qui est un avantage, puisque si elle paie comme caution, elle aura son recours contre l'autre débiteur solidaire, recours qu'elle n'aurait point si elle payait comme débiteur solidaire non associé. Il en serait de même si un débiteur solidaire succédait à la caution.

Il reste à remarquer que s'il n'y a qu'un débiteur principal, et qu'il succède à la caution ou vice-versa, l'obligation accessoire ne s'éteint que pour autant qu'elle ne soit pas plus efficace que l'obligation principale. Ainsi, si le débiteur était seulement obligé naturellement, l'obligation accessoire subsisterait, car pour le créancier elle constitue alors en réalité l'obligation principale, puisque la confusion entre le débiteur et la caution ne saurait porter préjudice au créancier et lui enlever une action.

Pour compléter ce que nous avons à dire des divers cas de cautionnement, ajoutons que si le créancier succède à la caution, ou réciproquement, c'est le cautionnement qui s'éteint, et l'obligation principale qui reste : le cautionnement s'éteint, car on ne peut être sa propre caution et le principal peut subsister sans l'accessoire.

S'il y a plusieurs créanciers solidaires, et que la caution succède à l'un, ou réciproquement, le créancier qui aura succédé à la caution conservera ses droits contre le débiteur, mais il sera obligé, comme l'était la caution qu'il représente, à l'égard du cocréancier. La confusion qui s'opère dans cette hypothèse, ne fait disparaître le cautionnement qu'à l'égard du créancier qui succède, mais à l'égard de l'autre créancier elle n'éteint pas l'obligation principale, elle n'est pas envisagée comme un paiement fait par la caution au créancier successeur. C'est pourquoi la L. 21, § 5, D. XLVI, 1, refuse l'action *mandati contraria* au créancier qui succède à la caution, et ne lui laisse que l'action qu'il avait comme créancier solidaire, l'action *ex stipulatu*.

1078. Si dans les cas indiqués la confusion éteint une obligation, il y a cependant des causes pour lesquelles les actions et obligations éteintes se rétablissent avec tous les effets accessoires, comme si la confusion n'avait jamais existé. Cela a lieu lorsque

ces causes de rétablissement ont préexisté à l'extinction même : 1° Lorsque l'héritier obtient la rescision de son acceptation pour cause de dol ou de violence; — 2° lorsque l'héritier mineur est restitué en entier contre son acceptation; — 3° lorsque l'héritier qui a accepté, est écarté comme indigne (1).

Toutefois dans ce troisième cas, il faut remarquer que si l'obligation revit toujours lorsque l'indigne a été débiteur de celui dont il avait accepté la succession, il n'en est pas de même lorsqu'il a été créancier de la succession; dans ce cas la loi, pour punir l'indigne, ne le rétablit dans ses droits que s'il n'est pas parvenu à connaître le meurtrier de son parent, de sorte que s'il l'a connu et ne l'a pas dénoncé et accusé, il sera déchu; s'il ne l'a pas accusé pour ne l'avoir pas recherché, il sera écarté, mais non déchu des droits qu'il avait sur la succession (2).

1079. Il y a encore d'autres causes pour lesquelles la confusion cesse, sans que cependant l'obligation se rétablisse d'une manière absolue, c'est-à-dire envers et contre tous. C'est ce qui a lieu :

1° Lorsque l'héritier vend la succession. S'il a été créancier du défunt, son action revivra contre l'acheteur; s'il a été débiteur, son obligation revit au profit de l'acheteur. Mais comme par le fait de l'acceptation, la confusion a éteint ses obligations actives et passives, et que ces obligations ne sont valables qu'en vertu d'une convention subséquente, il est évident que les cautions intéressées à l'extinction, ne seront point liées par cette convention.

2° Lorsque le fiduciaire transmet la succession au fidéicommissaire, sa créance revivra aussi; s'il a été débiteur de la succession il aura pour créancier le fidéicommissaire, mais la confusion ayant eu lieu, les cautions seront libérées. Il en est absolument de la restitution fidéicommissaire comme du transport à titre de vente; il y a plus, dans l'ancien droit le fiduciaire et le fidéicommissaire stipulaient comme vendeur et acheteur de succession (3).

(1) L. 87, D. XXIX, 2; — L. 21, § 2, D. V, 2. — L. 29, D. XXXIV, 1.
(2) L. 2, § 18, D. XVIII, 4.
(3) LL. 51, 58, 59, D. XXXVI, 2.

DES CAUSES D'EXTINCTION QUI ONT LEUR SOURCE DANS LA LOI, ET SPÉCIALEMENT DU CONCOURS DE DEUX CAUSES LUCRATIVES.

Sommaire.

1080. Énumération des causes d'extinction qui ont leur source dans la loi.

1081. De l'extinction de l'obligation par le concours de deux titres lucratifs dans la même personne sur la même chose. — Conditions requises.

1082. Examen de ces conditions. — *Quid* si le concours a lieu sur une *quantitas?*

1083. Du concours sur une même *species* léguée dans deux testaments différents, alors que le créancier au lieu de recevoir cette *species* en a reçu l'estimation. — *Quid* si la même *species* a été léguée deux fois par le même testateur?

1084. Qu'entend-on par acquisition à titre lucratif, et pourquoi cette condition est-elle requise?

1085. Pourquoi est-il exigé que la chose acquise à titre lucratif, soit encore due à titre lucratif pour que cette dernière obligation soit éteinte?

1086. Examen de la L. 34, § 1, D. XXX.

1080. Suivant l'ordre de matières que notre programme nous trace, nous passons à l'examen des causes d'extinction de l'obligation qui ont particulièrement leur source dans la loi.

Mühlenbruch énumère trois causes de cette nature :

1° Les déchéances qui sont prononcées contre le créancier, soit pour violence employée à l'effet de se faire payer de son débiteur (1), soit pour ingratitude en matière de donation (2).

2° L'extinction des obligations fondée sur le concours de deux causes lucratives.

3° La prescription des actions, c'est-à-dire le laps de temps dans

(1) LL. 1, 7 et 8, D. XLVIII, 7.

(2) Voyez plus haut les nos 923 et 924.

lequel la loi a circonscrit le droit ou l'action du créancier et de tout demandeur en général.

Nous n'aurons à donner des développements que sur les deux dernières causes d'extinction.

1081. Une obligation s'éteint par le concours de deux titres lucratifs sur une même chose au profit d'une même personne, lorsque la chose est acquise au créancier en vertu de l'un de ces titres. C'est pourquoi il est dit au § 6, Inst. II, 20 : *Duae lucrativae causae in eundem hominem et eandem rem concurrere non possunt.* Julien établit encore plus explicitement cette règle à la L. 17, D. XLIV, 7 : *Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur cum ea species ex causa lucrativa ad creditorem pervenerit.* Et Paul dit dans le même sens à la L. 61, D. XLVI, 3 : *In perpetuum quoties id, quod tibi debeam, ad te pervenit, et tibi nil absit, nec quod solutum est repeti possit : competit liberatio.*

C'est à ces deux derniers textes que nous tâcherons de renouer toutes les explications que comporte la règle que nous venons d'énoncer.

Pour qu'il y ait lieu à l'application de cette règle, il faut : qu'une même chose soit due et ait été acquise au créancier; qu'elle lui ait été acquise à titre lucratif; il faut qu'elle lui soit due encore à titre lucratif, pour que cette dernière dette soit éteinte. — Nous examinerons successivement chacune de ces conditions.

1082. Pour que les deux obligations aient même objet, il faut que l'objet de chacune soit une *species* ou un corps certain. Par conséquent, si un testateur, avant de mourir, avait donné une *quantitas* ou une somme d'argent, et que par la suite il eût légué la même *quantitas* ou la même somme, le legs demeurerait valable, et il en serait de même si par les testaments de deux personnes différentes, une même *quantitas* ou une même somme était léguée; les deux qualités ou les deux sommes seraient dues (1).

(1) L. 87, D. XXXI; — L. 94, § 3, D. XXX.

Si la même somme ou quantité a été léguée deux fois par le même testateur, il faudra distinguer si elle l'a été dans deux actes différents, par exemple dans un testament et dans un codicille, ou si elle l'a été deux fois dans le même acte. Au premier cas, la présomption sera que le testateur a voulu doubler le legs et c'est à l'héritier grevé à prouver le contraire. Au second cas, la présomption est que le testateur n'a fait que répéter l'expression de sa volonté; c'est au légataire à prouver le contraire, à démontrer qu'il a voulu doubler le legs (1).

1083. Il faut que la même chose, la même *species* qui est due, ait été déjà acquise par le créancier; d'où la conséquence :

a. Que si deux fois la même *species* a été due, mais que le créancier, au lieu d'obtenir la *species*, en a eu l'estimation, l'autre obligation subsiste. Une même *species* m'est léguée par deux testateurs dans deux testaments; si j'actionne l'un des héritiers pour avoir le legs, et que celui-ci, au lieu de me livrer la *species*, m'en livre l'estimation, je conserve, d'après le § 6, Inst. II, 20, mon action contre l'autre héritier grevé du legs. Il n'en serait pas de même si j'avais obtenu du premier héritier la chose léguée; je ne pourrais plus en demander au second l'estimation.

Remarquons que si la même *species* avait été léguée deux fois par le même testateur, le légataire ne pourrait que la réclamer une fois et devrait se contenter de l'estimation ou de la chose. Le testateur serait censé avoir répété deux fois le même legs, et non pas l'avoir augmenté, à moins qu'il n'eût grevé deux héritiers différents du legs; car ce cas serait assimilé à celui où le legs de la même chose aurait été fait dans deux testaments différents (2).

Il faut donc que la même chose qui est l'objet de l'obligation ait été acquise au créancier : *ad creditorem pervenerit*, dit la L. 17, D. XLIV, 7, et lorsque nous fixons notre attention sur la L. 61, D. XLVI, 3, nous voyons qu'elle doit être acquise d'une manière irrévocable, *nec quod solutum est, repeti possit*. C'est pourquoi si vous m'avez promis, dit la L. 82, pr. D. XXX, une chose *dona-*

(1) L. 34, § 3, D. XXX.

(2) L. 66, § 3, D. XXXI; — L. 86, § 1, D. XXX; — L. 34, § 1, D. *eod.* — L. 42, D. VII, 1.

tionis causa, qu'ensuite vous m'ayez légué cette chose par un testament dans lequel vous avez encore légué à un tiers la même chose sous condition, et que la condition de ce legs arrive, je pourrai intenter contre l'héritier l'action *ex stipulatu*, puisqu'en vertu du legs je n'avais pas acquis la chose irrévocablement, mais seulement sous condition; car sous condition le legs était transféré à un tiers.

1084. Il faut que la chose ait été acquise au créancier, non seulement irrévocablement, mais encore à titre lucratif : *ex lucrativa causa*, ou, comme le dit Paul à la L. 61 : *Cum res ad te pervenit et nihil tibi absit;* il faut, en d'autres termes, qu'elle ait été acquise sans que l'acquéreur ait fait un sacrifice ou se soit obligé à une contreprestation quelconque. Ce qui est donné à titre de dot, n'est donc pas acquis à titre lucratif par le mari; car bien que le mari ne fasse aucune espèce de sacrifice pour recevoir la dot, cependant celle-ci est destinée à subvenir aux charges du mariage que le mari, moyennant la dot, assume sur lui (1).

Par conséquent, si la chose due a été acquise par le créancier à titre onéreux, il ne perd pas ses droits et actions, pas même contre celui qui la lui doit à titre lucratif.

Il faut bien le reconnaître, l'extinction de l'obligation *propter concursum duarum causarum lucrativarum ex eadem re et persona*, est fondée sur ce que l'acquisition de la chose faite par le créancier, met les choses en un état tel que l'obligation n'aurait pas pu se former *ab initio* dans le même état de choses; car *quod meum est, meum fieri non potest*. Et s'il en est ainsi, l'on pourrait croire au premier abord que, peu importe le titre auquel la chose due est acquise au créancier, l'obligation doit être éteinte; car si je promets de vous donner Stichus, de vous en transférer la propriété, et que vous soyez propriétaire de Stichus à titre non lucratif, la chose n'est pas moins devenue vôtre, et par conséquent il m'est impossible de la rendre vôtre; or *impossibilium nulla est obligatio*. Mais il n'est pas moins exact de dire que la chose doit être acquise à titre lucratif, pour que l'obligation soit éteinte.

(1) L. 19, D. XLIV, 7; — L. 7, D. XXIII, 3.

Certes l'on devient propriétaire d'une chose à titre onéreux aussi bien qu'à titre lucratif; mais quand les jurisconsultes disent : *res ad creditorem pervenit,* ils entendent par là que le créancier a acquis la chose sans prix, sans contreprestation, car à la L. 14, D. L, 16, il est dit : *res abesse videtur ei cui pretium abest.* D'où la double conséquence : — que celui qui a acquis la chose pour un certain prix, en a acquis la propriété, mais n'en a pas à vrai dire acquis la valeur, puisque celle-ci est venue prendre dans son patrimoine la place du prix qu'il en a payé; — et que si le créancier a acquis partie de la chose à titre onéreux, partie à titre gratuit, il pourra demander ce qu'il a déboursé : *id quod ei abest,* dit la L. 82, § 2, D. XXX. Si, dit cette loi, un bien-fonds m'a été légué, et si avant la mort du testateur, j'ai acquis la nu-propriété de ce bien, *detracto usufructu,* qu'ensuite l'usufruitier soit décédé, et que l'usufruit se soit réuni à la propriété, je pourrai demander par l'action *ex testamento, id quod mihi abest,* c'est-à-dire le prix de la nu-propriété.

1085. Il ne suffit pas que la chose ait été acquise à titre lucratif, comme nous venons de l'indiquer, il faut enfin que la même *species* soit due à titre lucratif.

Si donc après avoir acheté une *species* et avant que la tradition m'en ait été faite, j'acquiers cette *species* en vertu d'un testament, je pourrai intenter contre mon vendeur l'action *emti,* afin d'obtenir l'estimation de la chose que j'ai acquise par legs; de même que je pourrais, si j'avais acquis à titre d'achat la propriété d'une chose qui m'avait été léguée, en demander l'estimation à l'héritier, quoique ni le legs ni l'achat d'une chose qui m'appartient déjà au moment du legs ou de la vente, ne soient valables (1).

Si l'on objectait contre cette décision que dans le cas où l'acheteur a acquis en vertu d'un testament la chose qu'il avait achetée, l'obligation du vendeur est devenue impossible, parce que la chose est acquise à l'acheteur sans qu'il ait fait un sacrifice, nous répondrions que cela ne suffit pas, qu'il faut encore que la même chose soit demandée par le créancier à titre lucratif. Or c'est ce

(1) Voyez L. 19, D. XLIV, 7; — L. 16, D. XVIII, 1; — § 10, Inst. 20.

qui n'a pas lieu lorsqu'elle est demandée par l'acheteur, puisque tout en demandant la chose il est obligé de payer le prix. Le contrat de vente est essentiellement un contrat intéressé, l'acquisition de la chose par l'acheteur antérieurement à l'exécution de la vente, n'empêche pas que ce contrat n'ait encore un objet, qui consiste alors dans la différence entre le prix convenu et l'estimation ou la valeur réelle de la chose; par conséquent l'exécution n'en est pas impossible (1).

1086. La L. 34, § 2, D. XXX, est ainsi conçue : *Si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, bis petere potero ut ex altero testamento rem consequar, ex altero aestimationem.* Ce texte ne veut-il pas dire qu'au cas où une chose m'a été léguée par deux testaments différents, je pourrai, après avoir demandé et obtenu la chose, en poursuivre et obtenir encore l'estimation? et dès lors n'est-il pas directement opposé à la règle sur le concours de deux titres lucratifs dans la même personne et dans la même chose, ainsi qu'au § 6 Inst. II, 20, où il est décidé que le légataire, après avoir reçu la chose de l'un des héritiers, ne peut plus rien réclamer de l'autre? Mais au même § 6, se trouve une distinction en vertu de laquelle le légataire, s'il a obtenu du premier héritier l'estimation, peut encore demander la chose due, tandis que si d'abord il a obtenu la chose il ne peut plus réclamer l'estimation, puisque la chose renferme absolument tout, et la valeur objective, et la valeur subjective qu'elle peut avoir pour le légataire. Cette distinction nous fait voir que nous devons entendre le texte de la L. 34 de manière à le restreindre au cas où le légataire a d'abord reçu l'estimation, ce qui effectivement l'autorise à demander encore la chose.

(1) Comp. Donellus, L. 16, c. 5, § 8.

—

Sommaire.

1087. Notions historiques. — Actions perpétuelles et actions temporaires. — Les premières ont été soumises à une prescription de trente ans par Théodose, et, dans quelques cas, à une prescription plus longue par des constitutions postérieures.

1088. Des actions soumises à des prescriptions temporaires qui s'accomplissent en moins de trente ans.

1089. Actions soumises à des prescriptions plus longues, à savoir :

1° Les actions des églises et des institutions pieuses, mais non celles des villes et municipalités.

2° Celles du fisc et de l'Empereur, mais non celles des mineurs.

3° L'action hypothécaire, dans quelques cas.

4° La *condictio* en répétition de ce qui a été perdu au jeu.

5° L'action qui a été intentée en justice.

1090. Du commencement de la prescription. — Quand commence la prescription d'une créance qui ne consiste qu'en annuités? quand celle d'un capital placé à intérêt? — Le capital prescrit, peut-on considérer les intérêts comme non prescrits?

1091. Des causes qui interrompent la prescription.

1092. Effets de l'interruption en général. — Différence entre l'interruption naturelle et l'interruption civile.

1093. Conséquences du principe que l'interruption n'opère qu'entre parties :

1° Lorsqu'un des cocréanciers d'une dette divisible et non solidaire intente l'action, ou lorsqu'un créancier de pareille dette l'intente contre l'un des débiteurs.

2° Lorsqu'un des copropriétaires par indivis a seul intenté la revendication contre le possesseur, ou lorsque cette action a été intentée contre l'un des copossesseurs par indivis.

1094. Le principe que l'interruption n'opère qu'entre parties, souffre exception lorsque l'action a pour objet une chose indivisible, ou qu'elle naît d'une obligation solidaire; —

1095. Ou lorsqu'il y a une personne accessoirement obligée pour la même dette.

1096. Lorsque plusieurs actions compètent au même demandeur, une action intentée, interrompt-elle la prescription par rapport aux autres? — Distinctions.

1097. Examen de la L. 16, C. III, 28.

1087. La prescription ou l'extinction des actions par le seul effet du temps pendant lequel le demandeur a négligé son droit, était inconnue dans l'ancien droit civil. Elle a été introduite par l'Édit du Préteur pour la plupart des actions qui avaient leur origine dans sa juridiction, de sorte que les actions prétoriennes étaient généralement temporaires, et les actions civiles généralement perpétuelles; quelques-unes seulement des actions civiles étaient limitées par le temps. Les choses en étaient là, lorsque Théodose, par la constitution rapportée à la L. 3, C. VII, 39, confirma les prescriptions temporaires, telles qu'elles avaient été limitées par l'ancien droit, et établit pour les actions perpétuelles

du droit civil une prescription de trente ans. Cette prescription, comme elle s'applique à la généralité des actions, a été considérée dès lors comme étant la prescription commune; les prescriptions temporaires de l'ancien droit ont donc conservé leur caractère exceptionnel. Toutefois, les successeurs de Théodose ont aussi introduit pour quelques cas des prescriptions qui sortent de la règle commune, en ce qu'elles ne s'accomplissent que par un laps de temps plus considérable.

1088. Les prescriptions qui s'accomplissent en moins de trente ans sont :

Celles des actions prétoriennes en général. Parmi les actions prétoriennes qui étaient pénales, l'action *furti in quadruplum* pour le vol manifeste, faisait exception, parce qu'en donnant cette action le Préteur n'avait fait que modifier la loi civile, où l'action avait son fondement, son origine. En effet, à l'*addictio* que la loi des XII Tables avait décernée contre le vol, le Préteur a substitué la peine du *quadruplum*. C'est pourquoi cette action n'en demeura pas moins perpétuelle. Il en est de même de quelques autres actions prétoriennes données tout-à-fait par analogie des actions civiles existantes; telles sont : l'action publicienne, l'action *quasi serviana*, l'action *in factum* donnée après que l'action *indebiti* est prescrite et dans d'autres circonstances où l'on applique le principe qu'on ne peut s'enrichir *cum injuria et detrimento alterius*. Enfin les actions données au *bonorum possessor* à l'instar de celles de l'héritier, sont également perpétuelles (1). Les autres actions prétoriennes, les actions *doli*, *quod metus causa*, l'action paulienne, sont temporaires, et il en est de même des actions édilitiennes, rédhibitoires et *quanti minoris* (2).

Parmi les actions civiles il y en avait aussi qui étaient temporaires, telles étaient la *querela inofficiosi testamenti* et l'action qui se rapportait à l'état d'une personne défunte (3), actions qui ne

(1) Gaius, § 111, *Comm.* IV.

(2) § 5, Inst. IV, 6; — L. 14, § 2, D. IV, 2; — L. 35, D. XLIV, 7; — L. *ult.*, C. II, 53, — pr. Inst. IV, 12; — L. 35, D. XLIV, 7; — L. 21, D. XXV, 2; — L. 38, D. XXI, 1; — L. 19 et L. 55, D. *eod.*

(3) D. XL, 15; — C. VII, 21.

pouvaient s'intenter que pendant cinq ans (1). Telle était encore l'action en garantie contre le fisc vendeur, laquelle se prescrivait par quatre ans. Enfin l'action en revendication de la propriété ou d'un droit réel, pouvait être prescrite par dix ou vingt ans.

Tels sont en général les cas où l'action était temporaire; or, la constitution de Théodose conserva formellement cette qualité à toutes les actions temporaires, et soumit à la prescription de trente ans les actions perpétuelles.

1089. Cependant après Théodose, en vertu des constitutions des empereurs Anastase, Justin et Justinien, le terme de trente ans fut encore étendu dans plusieurs cas :

1° Les actions des églises et institutions pieuses, en vertu de la L. 23, C. I, 2, et de la Novelle CXI, ne se prescrivaient que par quarante ans. Cette prescription n'est établie cependant par les dispositions des lois citées, que pour les actions perpétuelles, pour celles que Théodose avait soumises à la prescription trentenaire. Mais ensuite, par la Novelle CXXXI, la prescription de quarante ans fut étendue aussi aux actions revendicatoires, qui d'après le droit précédent étaient sujettes à s'éteindre par la prescription de dix ou vingt ans.

On a voulu étendre le bénéfice de cette prescription extraordinaire aux communes et aux municipalités. Ce qui a fait naître cette opinion, c'est que dans une première constitution qu'il a abrogée ensuite, Justinien avait placé les communes sur la même ligne que les églises. Dans la L. 23, C. I, 2, il avait réservé aux églises, institutions pieuses, villes et municipalités, une prescription centenaire. Toutefois, bientôt après, considérant la difficulté de prouver une telle prescription, il émit une nouvelle constitution, la Novelle CXI, par laquelle il abolit cette prescription, et ne nommant que les églises et institutions pieuses, il en soumit les actions perpétuelles à une prescription de quarante ans, en ajoutant qu'à l'égard de toutes autres personnes la prescription trentenaire serait applicable. De là résulte que les villes et municipalités sont retombées dans le droit commun de la prescription de trente ans.

(1) § *ult.*, Inst. II, 6.

Enfin par la Novelle CXXXI, Justinien substitua en faveur des églises et institutions pieuses la prescription de quarante ans à celle de dix et vingt ans.

Le privilége de la prescription de quarante ans n'est donc établi que pour le cas où il y avait lieu à celle de dix, vingt ou trente ans, mais ne s'étend pas aux cas des autres prescriptions temporaires. L'action pour vices cachés dans la chose acquise par une de ces institutions, demeure par conséquent soumise à la prescription de six mois ou d'un an (1).

2° Ne sont soumises qu'à la prescription de quarante ans, les actions du fisc et de l'empereur (2). C'est à ces actions que fait allusion la L. 4, C. VII, 39, lorsqu'elle parle des actions dont on peut douter si elles sont soumises à la prescription de trente ans.

Il y a des auteurs qui se fondant sur cette disposition de la L. 4, ont prétendu que les mineurs aussi pouvaient invoquer cette prescription de quarante ans. Il est vrai que l'ancien droit avait exempté les mineurs de quelques prescriptions temporaires; c'est ainsi qu'à leur égard la *querela inofficiosi* ne se prescrivait pas par cinq ans; l'usucapion cependant pouvait être invoquée contre eux, mais on venait à leur aide par la restitution en entier (3); quant à la *longi temporis possessio*, la prescription de dix ou vingt ans, elle demeurait suspendue pendant la minorité (4); mais il n'y avait pas pour le mineur une prescription spéciale, privilégiée. Et quant à la prescription de trente ans, la L. 3, C. VII, 39, dispose formellement que la minorité n'empêche, ne suspend pas même le cours de cette prescription qui, d'après cette loi, doit demeurer suspendue seulement pendant la *pupillaris aetas*, jusqu'à la puberté. De plus, aucune autre loi n'attribue au mineur le privilége de la prescription de quarante ans; donc nous ne pouvons pas l'admettre.

3° Est soumise à la prescription de quarante ans l'action hypothécaire, lorsqu'elle s'intente contre le débiteur ou contre son héri-

(1) Voyez plus haut les nos 487 et suivants, et 498.
(2) L. *ult.*, C. XI, 61.
(3) L. 1, C. II, 38.
(4) L. 3, C. VII, 33.

tier, et lorsque la chose hypothéquée est possédée par un créancier postérieur en rang. D'abord, il est évident qu'un tel créancier ne saurait acquérir la chose par aucune prescription acquisitive, car il ne possède pas *ad usucapionem*, il a un titre précaire; mais il ne saurait pas même opposer au créancier qui le prime, la présomption extinctive de trente ans, toutes les fois qu'il invoquerait la possession du débiteur pour parfaire le *continuum tempus* (1).

4° La condiction en répétition de ce qui a été perdu au jeu, ne se prescrit que par cinquante ans (2).

5° Toute action temporaire ou perpétuelle ne se prescrit que par quarante ans, à partir du dernier acte de procédure, lorsqu'elle a été intentée en justice et qu'il y a eu litiscontestation (3).

Telles sont les explications que nous avions à donner sur le temps de la prescription en droit romain.

1090. La prescription commence toujours dès le moment où l'action a pu être intentée, où il y a eu *actio nata*, comme le dit la L. 1, § 1, C. VII, 40, car la prescription repose sur la négligence du créancier. D'un autre côté, si une action est réellement prescrite, il n'a été prescrit que contre le droit que le créancier aurait pu poursuivre au moyen de cette action. De là il suit que quand il s'agit d'obligations qui ne consistent que dans des annuités, par exemple, quand il s'agit d'une pension alimentaire ou d'une rente viagère, la prescription ne commence pas à dater de la naissance de l'obligation, mais à dater de l'année écoulée, de l'annuité échue, de sorte qu'on n'aura prescrit après trente ans qu'une seule année, et ainsi de suite; il n'y a point là d'autre capital prescriptible (4). Si pourtant le débiteur avait refusé de payer, s'il avait contesté le fond du droit, il y aurait prescription de toute l'obligation. Toutefois, le débiteur qui invoque cette prescription de toute l'obligation, devra prouver qu'il a contesté le fond du droit même (5). Il en est autrement dans la constitution de rente

(1) L. 7, § 2, C. VII, 37.
(2) L. 3, C. III, 43. — Comp. le n° 706.
(3) L. 9, C. VII, 39.
(4) Comp. Savigny, V, p. 306-310, n. 10-12.
(5) Arg. de la L. 14, C. XI, 64. — Unterholzner, II, p. 320.

où à côté de l'annuité, des intérêts, il y a dette d'un capital déterminé. Là, l'action du créancier n'est également née qu'après l'échéance du rendage; mais comme cette action est fondée sur la dette du capital, comme la dette du capital et celle du rendage ont une seule cause indivisible, il y a prescription du capital après trente ans de non-service, à partir de l'année où la rente n'a pas été servie à l'échéance (1). Une fois le capital prescrit après ces trente ans, aucune annuité quelconque, ne fût-elle échue que depuis peu de temps, ne saurait être due, car la rente ne peut être due lorsque le capital est prescrit.

1091. La négligence du créancier, sur laquelle se fonde principalement la présomption extinctive, cesse, et par conséquent la prescription est interrompue :

1° Par l'assignation donnée en justice. Du temps de la procédure formulaire, la prescription ne s'interrompait que par la litiscontestation, mais depuis son abrogation elle s'interrompit par la notification de la demande libellée, par l'assignation (2).

2° La possession du gage interrompt aussi la prescription de la créance pour laquelle le gage est constitué; car le créancier qui est mis en possession du gage, est mis en quelque sorte dans la possession même de sa créance (3). Il y a en matière de gage une espèce de solidarité entre la chose obligée, et le débiteur obligé aussi personnellement. De là résulte cette autre conséquence, que dans une créance solidaire l'assignation interrompt envers tous. De là résulte encore que lorsque le créancier agit contre son débiteur, il suffit qu'il intente l'action hypothécaire pour interrompre la prescription de l'action personnelle, et réciproquement il lui suffit d'intenter l'action personnelle pour interrompre l'action hypothécaire (4).

3° La prescription est encore interrompue par un événement qui fait cesser pour le demandeur la possibilité juridique d'intenter son action. Ceci s'applique aux actions réelles qui s'intentent con-

(1) L. 8, § 4, C. VII, 39.
(2) L. 3, C. VII, 40.
(3) L. 7, § 5, C. VII, 39.
(4) L. 3, C. VII, 40.

tre le possesseur, lorsqu'un nouveau possesseur occupe la chose sans qu'il soit successeur du premier, occupation qui constitue alors l'interruption naturelle de la prescription (1).

4° La prescription s'interrompt par le fait du débiteur, soit par la reconnaissance de la dette, soit par l'obtention d'un délai, qui est une reconnaissance implicite.

1092. L'interruption de la prescription a en général un effet rétroactif; non seulement elle empêche le cours de la prescription aussi longtemps qu'elle dure, mais elle efface complétement les effets de la prescription commencée auparavant, de sorte que l'interruption ayant cessé, la prescription ne peut recommencer que derechef, et non pas se renouer au temps antérieurement écoulé.

L'interruption naturelle a des effets à l'égard de tous, quel que soit le demandeur; elle rend, comme nous venons de le voir, juridiquement impossible la poursuite du droit : on ne peut agir en revendication contre celui qui a été dépossédé. L'interruption civile qui résulte de l'assignation n'a d'effet qu'entre parties, qu'entre le demandeur et le défendeur, sauf en matière d'obligations solidaires ou indivisibles.

1093. De là plusieurs conséquences :

1° L'action qu'intente l'un des créanciers non solidaires pour sa part, n'interrompt pas la prescription au profit des autres créanciers, et réciproquement l'action intentée contre l'un des débiteurs non-solidaires est sans effet à l'égard des autres, qui continueront à prescrire. Il en est de même si l'on suppose l'action intentée par l'un des héritiers du créancier contre l'un des héritiers du débiteur. Il en est encore de même si le débiteur qui a donné une hypothèque ou un gage, a laissé plusieurs héritiers; dans ce cas aussi, l'assignation donnée à l'un des héritiers n'interrompt la prescription que pour sa part dans la dette, et pour sa part dans la propriété du gage possédé en commun; elle n'empêche point les cohéritiers de prescrire et leur libération personnelle et la libération de l'objet hypothéqué pour les parts qu'ils ont dans cet objet; car, de même que le créancier peut renon-

(1) L. 7, § 1, et L. 8, § 1, D. VII, 39.

cer explicitement à son hypothèque pour une quote-part indivise, de même que l'hypothèque peut être acquise et remise pour un tiers, un quart, de même aussi, par une présomption fondée sur la renonciation ou la négligence du créancier, l'hypothèque peut s'éteindre pour une part; elle n'est pas indivisible de sa nature, elle ne l'est qu'en ce sens que l'extinction partielle de la dette ne saurait emporter par elle-même extinction partielle de l'hypothèque à moins que le créancier n'y ait consenti, soit expressément, soit tacitement, soit même en vertu de la présomption sur laquelle est fondée la prescription : *Hypotheca tota pro toto, et tota pro qualibet parte* (1).

2° Si l'un des copropriétaires intente la revendication, la prescription ne sera interrompue que pour sa part de copropriété, et à son égard seulement; elle ne le sera pas au profit des autres copropriétaires. Et réciproquement, si la revendication a été intentée contre l'un des copropriétaires, la prescription ne sera interrompue que par rapport à ce propriétaire, sans que les autres soient empêchés de prescrire leurs portions indivises.

Si l'un des possesseurs par indivis s'était fait passer comme seul et unique possesseur (*possessor in solidum*), afin que pendant l'instance engagée contre lui les autres continuant leur possession, pussent atteindre le terme de la prescription, il est évident qu'il y aurait lieu à appliquer la règle *pro possessore habetur qui dolo liti se obtulit, quasi possideret,* et que le possesseur simulé pourrait être condamné à tous dommages-intérêts. Mais nous dirons avec Pothier (2), que si les autres copropriétaires avaient participé à cette fraude et qu'ils fussent encore en possession, ils pourraient être repoussés par la réplique du dol, si à l'action en revendication ils opposaient la prescription.

1094. Le principe que l'interruption civile n'opère qu'entre parties, souffre exception lorsque l'action a pour objet une chose indivisible ou que l'obligation est solidaire. Dans ce cas, soit que l'un des créanciers forme la demande, soit qu'elle s'intente contre

(1) Voyez plus haut le n° 233.
(2) *Traité de la Prescription,* n° 55.

l'un des débiteurs, la prescription sera interrompue pour toute la dette, par conséquent au profit de tous les créanciers ou au détriment de tous les débiteurs. Il en serait de même, si un seul débiteur d'une dette solidaire ou indivisible, avait reconnu la dette, soit explicitement soit implicitement (1).

Il faut pourtant remarquer ici que si la prescription était déjà acquise, la reconnaissance de la dette faite par l'un des débiteurs solidaires ou indivis, ne nuirait aucunement à son codébiteur. La reconnaissance d'un seul a bien pour effet d'interrompre pour le tout et à l'égard de tous la prescription commencée, mais non d'en faire disparaître à l'égard de tous les effets déjà accomplis. De plus, lorsque l'un des codébiteurs solidaires est décédé, l'assignation donnée à l'un des héritiers de ce débiteur solidaire, ou la reconnaissance d'un de ces héritiers, n'interrompt pas du tout la prescription à l'égard des autres héritiers, qui pourront prescrire leur dette; mais à l'égard de l'autre codébiteur solidaire la prescription sera interrompue, non pas pour le tout, car le tout ne pouvait pas être demandé à l'un des héritiers, mais jusqu'à concurrence de la part pour laquelle l'héritier assigné a succédé dans la dette. Donc, pour que dans notre hypothèse la prescription de toute la dette fût interrompue à l'égard du codébiteur, il eût fallu que tous les héritiers eussent été assignés pour leur part. C'est en cela que l'obligation solidaire diffère de l'obligation indivisible, où l'interruption entre héritiers comme entre débiteurs ne peut avoir lieu que pour le tout; le motif de cette différence est que l'obligation indivisible résiste à toute division, tandis que l'obligation solidaire suit la loi de toute obligation divisible de sa nature, et se divise de plein droit.

1095. Le principe que l'interruption civile n'opère qu'entre parties, souffre encore exception lorsqu'il y a une personne accessoirement obligée. Ainsi, lorsque la prescription est interrompue contre le débiteur principal, elle l'est par cela même contre la caution, et réciproquement si contre la caution, elle l'est contre le débiteur. En effet, la créance quant à la caution, est la même que

(1) L. 5, C. VIII, 40.

celle contre le débiteur principal; de plus, le cautionnement n'est qu'une obligation accessoire; il suit de là que le créancier qui conserve son droit à l'égard du débiteur, le conserve par cela même contre la caution. Du reste, le débiteur et la caution sont débiteurs solidaires de la même dette, et c'est pour ce motif aussi que l'interruption à l'égard de la caution se réfléchit contre le débiteur principal. Mais ici nous devons répéter ce que nous avons déjà dit pour l'obligation solidaire, c'est que si la prescription était acquise, la reconnaissance faite par le débiteur principal ne nuirait point à la caution, et réciproquement.

1096. L'interruption opère-t-elle d'une cause à une autre?

Il faut en premier lieu distinguer si les actions sont susceptibles d'être dirigées contre la même personne, ou doivent l'être contre des personnes différentes. Dans cette dernière hypothèse, en vertu du principe précédent, que l'interruption ne s'étend pas d'une personne à l'autre, il est évident que l'interruption de la prescription reste limitée à l'action intentée. Ainsi, lorsque le créancier intente l'action personnelle contre le débiteur non possesseur de l'objet hypothéqué, la prescription contre l'action hypothécaire ne sera nullement interrompue, car cette action aurait pu s'intenter contre le tiers-possesseur.

Pareillement, en droit moderne où la rescision pour cause de lésion opère contre les tiers, contrairement à ce qui avait lieu en droit romain, et donne par conséquent lieu à deux actions lorsque l'immeuble vendu se trouve en de tierces mains, l'action intentée contre l'acheteur à l'effet de faire constater la lésion (instance au rescindant), n'opère pas interruption de la prescription à l'égard du tiers-acquéreur, si le tiers n'a pas été assigné pour voir exécuter le rescindant et être condamné à restituer la chose (instance rescisoire).

Par conséquent: 1° Si connexes que paraissent les deux actions, quand elles ne sont pas susceptibles d'être intentées contre la même personne, l'interruption de l'une ne se réfléchit pas sur l'autre.

2° Si au contraire les deux actions sont susceptibles d'être intentées contre la même personne, alors encore l'interruption de

l'une ne se réfléchit sur l'autre que lorsque l'une est contenue dans l'autre, ce qui a lieu :

a. Dans tous les cas où celui qui est le créancier de plusieurs chefs, intente une action générale, réclame en termes généraux tout ce qui peut lui être dû par le défendeur. Il y a alors interruption à l'égard de toutes les créances (1).

b. Lorsque les deux actions qui compètent au même demandeur contre la même personne, sont telles que l'une est contenue dans l'autre, c'est-à-dire que l'une a le même objet que l'autre. Ainsi, lorsque le débiteur possède l'objet hypothéqué et que le créancier intente contre lui l'action personnelle, comme dans cette dernière action se trouve renfermé tout le but de l'action hypothécaire, laquelle indirectement ne tend aussi qu'à faire payer le créancier au moyen de la vente de l'immeuble, il est évident que l'interruption, par rapport à l'action principale, doit entraîner entre mêmes personnes interruption par rapport à l'action hypothécaire, et réciproquement (2).

Quant au rescindant et au rescisoire, dont nous venons de parler, lorsque l'acheteur est encore possesseur de l'immeuble, il n'y a pas de séparation du rescindant et du rescisoire, l'action personnelle et l'action réelle demeurant complétement confondues; par conséquent il ne peut même être question de l'influence de l'interruption de l'une sur l'autre. Dans tous les autres cas où les deux actions n'ont pas le même objet, quelque connexité que l'on pût d'ailleurs remarquer dans le fondement des deux actions, l'interruption de la prescription de l'une ne saurait se réfléchir sur l'autre.

En droit moderne, à cause du principe que dans les questions d'état le civil tient le criminel en suspens, il se peut que l'exercice de l'action civile suspende la prescription de l'action criminelle, car *contra non valentem agere non currit praescriptio,* mais jamais l'interruption de la prescription d'une action ne se réfléchit sur l'autre, si d'ailleurs l'objet des deux actions n'est pas identique.

1097. Quelques interprètes se sont fondés sur la L. 16, C. III,

(1 et 2) Comp. L. 3, C. VII, 40; — Troplong, *Prescrip.*, n° 676; — Savigny, V, n° 320.

28, pour soutenir que l'instance de l'action en nullité d'un testament suspend pendant sa durée la prescription de la *querela inofficiosi testamenti*. Mais la L. 16, suivant l'interprétation de Cujas, prouve précisément le contraire, puisqu'elle déclare la prescription contre la *querela inofficiosi* suspendue, par le motif que la *querela* avait été intentée simultanément avec l'action en nullité de testament, par conséquent subsidiairement pour le cas où l'action en nullité n'aurait pas été fondée. Cela résulte évidemment du texte même : *Contra majores vigintiquinque annis duplicem actionem inferentes, primam, quasi testamentum non sit jure perfectum, alteram, quasi inofficiosum, licet jure perfectum....*

L'interprétation de ces auteurs est donc erronée. C'est cependant sur cette interprétation qu'ils ont admis que l'exercice de l'action possessoire interrompt la prescription de l'action en revendication. Mais ces deux actions ont des causes et des objets distincts. Leur opinion doit donc être rejetée, car non seulement elle est contraire aux principes, mais elle n'a pour fondement qu'une erreur d'interprétation qui ne résiste pas à un examen attentif de la L. 16. D'ailleurs, cette loi eût-elle la signification qu'on lui donne à tort, l'analogie qu'on veut établir entre le cas qui nous occupe et celui qu'elle prévoit serait encore très-contestable.

1098. D'après les principes posés aux nos 1095 et 1096, la question de savoir si l'action en revendication intentée contre l'usufruitier apparent, se réfléchit contre celui qui possède *pro domino* la chose revendiquée, et interrompt la prescription, doit se résoudre négativement, car l'interruption n'a d'effet qu'entre parties. Le propriétaire, pour avoir agi contre l'usufruitier apparent, n'est pas pour cela relevé de sa négligence vis-à-vis de celui qui possède *pro domino*. La prescription de ce possesseur ne sera donc interrompue que dès le moment où il aura été assigné lui-même; par conséquent, elle peut s'accomplir pendant l'instance avec l'usufruitier apparent, pourvu que celui-ci *se liti non obtulit*.

Quant à la question de savoir si l'action que le nu-propriétaire intenterait contre celui qui possède la chose *pro domino*, interrompt aussi la prescription au profit de l'usufruitier; et réciproquement si l'instance engagée entre l'usufruitier et celui qui possède *pro*

domino interrompt la prescription au profit du nu-propriétaire, il faut dans l'une et l'autre hypothèse la résoudre affirmativement : dans la première hypothèse, si le nu-propriétaire intente l'action, parce que l'usufruit est toujours *causaliter* confirmé dans la propriété, car l'usufruit, comme le dit la L. 4, D. VII, 1, est une partie de la propriété, par conséquent celui qui revendique la propriété revendique par cela même l'usufruit; — dans la seconde hypothèse, parce que l'usufruitier peut et doit agir *procuratorio nomine* toutes les fois qu'il s'agit de sauvegarder les droits et intérêts du propriétaire, car une des premières obligations de l'usufruitier est d'interrompre la prescription (1).

1099. De l'interruption de la prescription dont l'effet est rétroactif, il faut distinguer la suspension, qui sans détruire la prescription commencée, en arrête seulement le cours aussi longtemps que dure l'empêchement juridique sur lequel elle est fondée. Parmi ces causes de suspension, il faut citer :

1° L'impuberté, mais pas la minorité, du moins quand il s'agit de la prescription de trente ans (2).

2° Toute cause qui empêche juridiquement le demandeur d'intenter son action : *contra agere (jure) non valentem, non currit praescriptio*. Cette règle n'est qu'une conséquence de la première condition dont dépend le commencement même de toute prescription, à savoir que l'action soit *nata*, c'est-à-dire qu'il soit possible de l'intenter. Ainsi la prescription est suspendue en faveur du propriétaire de matériaux employés à une construction, tant que celle-ci reste debout.

Le temps est computé *civiliter*, c'est-à-dire qu'on compte par jour et non par heure. Dans la prescription acquisitive, le dernier jour commencé est censé accompli; dans la prescription extinctive, le dernier jour doit être accompli pour que la prescription le soit, car alors seulement on peut dire que l'omission à laquelle est attachée la perte du droit, a eu lieu (3).

(1) L. 15, § 7, D. VII, 1.
(2) Voyez plus haut le n° 1089.
(3) L. 134, D. L, 16; — L. 15, D. XLIV, 3; — L. 6, D. XLIV, 7, — L. 110, D. L, 17.

Dans les prescriptions qui dépassent un an, le temps est, comme on dit, *continuum*, c'est-à-dire que tous les jours comptent. Dans la prescription d'un an, le temps est *utile*, c'est-à-dire qu'on ne compte pour parfaire l'année, que les jours pendant lesquels on a pu agir en justice, ou plutôt on ajoute à l'an autant de jours qu'il s'en est trouvé pendant lesquels l'action ne pouvait être introduite en justice.

L'*accessio possessionis* a lieu d'un possesseur à l'autre, pourvu que le dernier soit successeur du premier, à titre particulier ou universel, peu importe. S'il n'était pas son successeur, il y aurait interruption naturelle de la possession, de la prescription.

1100. Pour examiner l'effet de la prescription, il faut distinguer : 1° la prescription de l'action en revendication de la propriété, à laquelle est assimilée celle de l'action hypothécaire; 2° la prescription des actions en revendication des servitudes, et 3° enfin la prescription des actions personnelles.

Dans la prescription acquisitive de la propriété, de trois, dix ou vingt ans, où la possession a commencé avec bonne foi et juste titre, et même dans la prescription de trente ans lorsque la possession a commencé avec bonne foi, l'action en revendication est prescrite et le droit de propriété est éteint, est perdu, parce qu'il a passé au possesseur. Mais dans la prescription de trente ans qui a commencé avec mauvaise foi, la propriété ne passe pas au possesseur, une exception lui est seulement acquise, au moyen de laquelle il peut se défendre contre l'action revendicatoire. Si cependant le propriétaire rentrait sans violence dans sa possession, le droit du possesseur de mauvaise foi, quoiqu'il eût possédé trente ans, serait évanoui (1). Pareillement, si un tiers non-successeur d'un tel possesseur de mauvaise foi, était entré dans la possession et qu'il n'eût pas assez longtemps possédé pour pouvoir invoquer la prescription de son chef, le propriétaire pourrait encore évincer ce tiers (2).

Dans la propriété, l'action en revendication peut donc être prescrite sans que le droit de propriété soit acquis au possesseur. Il

(1 et 2) L. 8, § 1, C. VII, 39.

en est de même du droit d'hypothèque d'après la L. 8, § 1, C. VII, 39; le possesseur de mauvaise foi de la chose hypothéquée peut prescrire contre l'action hypothécaire, mais le droit subsiste.

1101. Il en est autrement dans les servitudes. Lorsque l'action tendant à revendiquer la servitude, est prescrite, la portion de droit que la servitude avait détachée de la propriété, se réunit à celle-ci et est acquise par conséquent au propriétaire du fonds qui en était grevé. Nous avons vu que quand il s'agit de servitudes discontinues, le propriétaire du fonds grevé se trouve dans une possession continuelle de liberté, possession que chaque exercice de la servitude interrompt, mais que le *non usus* qui a duré dix ans convertit en droit; tandis que dans les servitudes continues, c'est le propriétaire du fonds dominant qui se trouve dans une possession continue d'asservissement du fonds grevé, possession que le propriétaire du fonds grevé doit avant tout intervertir par une *usurpatio libertatis,* pour que la servitude puisse se prescrire (1). Mais dans l'un et l'autre cas, dès que l'action de la servitude est prescrite, la liberté est acquise au propriétaire du fonds grevé; ce qui est perdu d'un côté, est acquis de l'autre.

Il suit de ce rapprochement que si en matière de propriété l'action en revendication peut être prescrite sans que la propriété soit pour cela acquise au possesseur, il en est tout autrement quand il s'agit de servitudes; là, lorsque l'action est prescrite, le droit est par cela même transporté au possesseur contre lequel l'action eût pu être intentée.

1102. Cela posé, nous avons à voir si c'est selon l'analogie de la propriété ou celle du droit de servitude, qu'est établie la prescription des obligations. Si c'est par analogie du droit de propriété, on conçoit que l'action étant prescrite, une obligation naturelle peut subsister; si c'est par analogie du droit de servitude, alors l'action étant prescrite, l'action qui avait enchaîné la liberté du débiteur, nous devrons dire que le droit de liberté lui est reconquis. Et si l'on pouvait s'en rapporter aux seuls termes des lois qui touchent à cette matière, on devrait déjà résoudre la

(1) Voyez les nos 118 et suivants de la partie de ce Cours qui traite *des Servitudes*.

question dans ce dernier sens; car lorsqu'il s'agit de la prescription trentenaire, nous trouvons les mots : *tempore liberati, — liber et securus debitor, — jus extinctum est, — fortunas suas ad alios transferre*, etc. (1).

Toutefois, dans une question aussi controversée que celle qui nous occupe, à savoir : si la prescription des actions personnelles laisse subsister une obligation naturelle ou non, ce ne sont pas quelques expressions dont le sens peut être plus ou moins contesté, ce n'est pas une analogie plus ou moins douteuse, qui suffisent seules pour y fonder une décision sur laquelle on pourrait s'appuyer avec confiance.

Cette difficulté, dans ces derniers temps surtout, a été l'objet d'une controverse opiniâtre parmi les commentateurs du droit romain. Et sous l'empire du Code civil, il n'y a pas plus d'accord. La question a donc aussi un intérêt pratique; d'autant plus que les commentateurs du Code civil qui se présentent pour ou contre, argumentent les uns et les autres des textes du droit romain.

Nous n'avons pas à revenir sur l'opinion que nous avons émise au début de ce Cours; nous avons montré par l'analyse de textes nombreux que la prescription éteint l'obligation de manière à ne plus même laisser subsister d'obligation naturelle : il ne nous reste qu'à renvoyer à la démonstration que nous avons donnée plus haut (2).

1103. Du principe que la prescription ne laisse pas même subsister une obligation naturelle, découlent des conséquences nombreuses, que nous avons déjà exposées et qu'il nous suffira de rappeler. La dette prescrite, payée par ignorance, peut être répétée; elle ne peut être l'objet d'un cautionnement, ni d'une hypothèque; elle ne saurait être opposée en compensation, ni être novée; enfin la prescription peut être opposée par le délégué au délégataire (3).

1104. La question de la prescriptibilité des exceptions est presque aussi controversée que la précédente. Les interprètes du droit romain sont cependant d'accord en ceci, qu'ils admettent tous la

(1) Voyez les LL. 4 et 9, C. VII, 39.
(2) Voir plus haut nos 33 à 37.
(3) Voir plus haut le no 37.

règle : *Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua;* mais les uns avec restriction, les autres d'une manière absolue.

Parmi les commentateurs du Code civil, au contraire, il y en a qui l'admettent, tandis que d'autres prétendent qu'elle n'est plus du tout applicable.

Pour arriver à une solution raisonnée de cette question, nous distinguerons quatre hypothèses : dans les deux premières, l'exception sera imprescriptible; dans les deux dernières, l'exception sera soumise à la prescription.

1105. S'il s'agit de la prescription de l'exception dans un cas où la personne qui se sert de l'exception, n'a eu que ce moyen pour se défendre : tous s'accordent à regarder l'exception comme imprescriptible; par conséquent, si l'action en revendication ayant été intentée contre un possesseur, et le demandeur ayant été débouté de son action, ce demandeur ou ses héritiers avaient après trente ans formé une nouvelle demande, il est évident que l'exception *rei judicatae* pourrait leur être opposée, malgré le temps écoulé (1).

Un autre cas d'application se présente en droit romain, lorsqu'il s'agit d'un dol commis dans un *negotium stricti juris.* En pareil cas, si la stipulation entachée de dol a été exécutée, il ne peut être question d'exception, ni par conséquent de prescription d'exception, l'action *doli* sera le seul remède que puisse avoir la partie lésée. Si la stipulation n'a pas été exécutée, l'action *doli* n'est pas nécessaire; le lésé pourra s'aider de l'exception. Or, comme il est de règle que l'action *doli,* parce qu'elle est infamante, a un caractère subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle ne peut être intentée qu'à défaut de tout autre moyen, le dol pratiqué dans une stipulation non exécutée nous fournit un deuxième cas où l'exception est le seul moyen auquel puisse recourir le lésé à qui on voudrait opposer la prescription, et où cette exception, d'après la L. 5, § 6, D. XLIV, 4, et l'opinion commune des auteurs, est regardée comme imprescriptible. La L. 5, § 6, D. XLIV, 4, dit : Si l'ac-

(1) L. 15, D. XLIV, 2. — Savigny, V, p. 418.

tion *de dolo* est limitée par le temps, il n'en est pas de même de l'exception, car celle-ci est perpétuelle, par la raison que le demandeur peut à tout moment exercer son droit, tandis que le défendeur doit se régler, pour se défendre, selon le demandeur. En effet lorsque, comme dans le cas de cette loi, on n'a pas d'action pour prévenir l'attaque, pour poursuivre la rescision de la stipulation, il faut bien attendre l'action pour se défendre. Ainsi donc, dans cette première hypothèse, la personne à laquelle on oppose la prescription, n'avait qu'une exception pour repousser la demande, n'avait aucun moyen de faire rescinder le fondement de la demande même; la prescription est donc impossible. Cette hypothèse se trouve placée hors de toute controverse.

1106. Dans notre seconde hypothèse, il s'agit de la prescription de l'exception dans un cas où la personne qui propose l'exception, avait en outre une action pour se défendre. — Ici commence la controverse. Les uns se fondant sur un argument *a contrario* puisé, non pas dans le texte, mais dans le motif de la L. 5, § 6, disent : Si l'exception est déclarée imprescriptible, c'est parce que celui qui l'invoque ne peut se défendre autrement; donc toutes les fois qu'il a aussi une action, qu'il dépend de lui d'intenter afin de prévenir l'action de son adversaire, l'exception est prescriptible (1).

Voyons d'abord les conséquences de ce système. Une promesse est extorquée par violence et non encore exécutée : comme le lésé a non seulement l'exception *quod metus causa* qu'il peut opposer à l'action *ex stipulatu*, mais encore l'action *quod metus causa*, afin de poursuivre la rescision de la stipulation même (2), il en résulte que l'action *quod metus causa* étant prescrite, l'exception le sera aussi. Exemple : A cédant à la violence, a promis de payer dans un an mille francs; acte a été dressé de la stipulation. Dès l'instant où A a signé l'acte, dès l'instant où il est libre de violence, existe pour lui la faculté d'agir pour faire rescinder la stipulation, par l'action *quod metus*. Son action sera donc prescrite dans trente ans à partir de la signature de l'acte, car l'action *quod metus* ne

(1) Voyez Loehr, *Archif. für Civil. Praxis*, X, n° 2. — Fritz, *Erlaut.* II, p. 431.
(2) L. 9, § 3, D. IV, 2. — Comp. les n°s 118 et 119.

se prescrit que par trente ans, comme *rei persecutoria* (comme pénale, en tant qu'elle tend au *quadruplum*, elle se prescrit par quatre ans) (1). Par conséquent, après trente ans à partir de la signature de l'acte, l'action et l'exception *quod metus* seraient prescrites, et l'action *ex stipulatu* ne serait prescrite que dans trente-un ans, puisque la stipulation étaut à terme, l'action n'est née qu'après l'échéance du terme d'un an.

Voyons une autre conséquence de ce système : A vend à B une terre pour un prix payable dans deux ans à partir du jour de la vente; le contrat reste inexécuté de part et d'autre pendant trente ans; l'action de l'acheteur B sera prescrite, puisque l'action *empti* pouvait être intentée dès le moment du contrat; et l'action du vendeur A ne le sera pas encore, puisque l'action *venditi* en obtention du prix ne pouvait être intentée que deux ans après le contrat. Donc, après trente ans, le vendeur A pourra encore demander le prix, mais l'acheteur B ne pourra plus demander la terre. Ces conséquences sont inévitables dans le système que nous venons d'exposer. Comme l'acheteur avait pendant trente ans non seulement l'exception *non adimpleti contractus* pour se défendre contre l'action du vendeur, mais encore l'action *empti* en obtention de la terre, il s'ensuit nécessairement que le vendeur pourra exiger le prix sans être obligé de livrer la terre, puisque l'exception *non adimpleti contractus* aura été prescrite en même temps que l'action *empti*.

Il est évident que l'équité serait offensée de ce système. Mais est-il fondé en droit?

Nous avons vu que c'est sur un argument *a contrario* puisé, non pas dans le dispositif, mais dans les motifs de la L. 5, § 6, D. XLIV, 4, que repose cette opinion. Cela étant, on pourrait déjà la repousser par ses conséquences. Mais nous n'en sommes pas réduits là. Cet argument *a contrario* trouve une complète condamnation dans la L. 5, C. VIII, 36, où, au sujet de l'*interdictum unde vi*, il est dit que l'interdit étant prescrit, l'exception demeure à perpétuité. Ce n'est donc pas seulement lorsqu'on n'a

(1) Comparez Voet *ad Pand.*, IV, 2, n° 18.

pas pu se défendre autrement que par une exception, que celle-ci est perpétuelle; elle est encore telle au cas où l'on a pu se défendre par une action, et Mühlenbruch dit avec raison : *Exceptiones vero plerumque non excluduntur tempore, ne tum quidem, si etiam actio, eadem ex causa descendens, praescriptione perempta est* (1).

Ainsi dans ces deux hypothèses, soit que le défendeur n'ait qu'une exception pour se défendre, soit qu'il ait aussi une action, alors même que celle-ci est prescrite, l'exception demeure. En effet, lorsque la loi, afin de pourvoir d'autant plus efficacement à notre défense, nous accorde à la fois une action et une exception, n'y aurait-il pas contradiction si cette même loi nous imposait l'obligation de nous servir de l'action (2), sous peine d'être déchu de l'exception même? Et si l'on ne veut pas mettre cette contradiction dans la loi, il faut bien admettre que l'exception étant, comme moyen de défense, imprescriptible en soi, la concomitance d'une action qui n'a pour but que cette même défense, ne peut rien changer à son imprescriptibilité. La loi, pour être conséquente, a donc dû permettre au défendeur, comme elle l'a fait d'ailleurs, d'attendre l'attaque de l'adversaire, et aussi longtemps que celle-ci peut avoir lieu, elle a dû réserver au défendeur l'exception.

C'est pour ce motif que les praticiens français ont traduit le principe : *quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum perpetua sunt,* par cet adage : *tant dure la demande, tant dure l'exception,* c'est-à-dire que la défense peut être opposée en tout temps où l'attaque peut avoir lieu. Et si l'on examine bien la L. 5, § 6, on trouvera que tel est son véritable sens quand elle dit : *Nam haec (exceptio) perpetuo competit, quum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.*

Toutefois, remarquons-le bien, ce n'est que comme moyen de défense que la loi considère l'exception comme imprescriptible, et ceci nous conduit à l'examen des deux hypothèses suivantes.

1107. Il se peut que l'exception ne serve pas de défense à une

(1) MUHLENBRUCH, *Doct. Pand.*, § 481, n. 15.

(2) *Invitus agere nemo cogitur,* dit la L. 1, C. III, 7.

action dirigée contre nous, mais qu'elle serve à soutenir, par forme de réplique, une action que nous intentons nous-même contre un tiers qui possède une chose, ou qui se trouve en pleine possession de liberté par rapport à une obligation quelconque que nous voulons mettre à sa charge. Or l'action, lorsqu'elle n'est pas une défense, lorsqu'elle ne tend pas à maintenir, mais à changer un état de possession ou de liberté, étant prescriptible, il est évident que l'exception qui par forme de réplique appuie l'action, doit l'être aussi.

Cette règle, strict corollaire de la prescriptibilité de l'action, est fondée sur la L. 9, § 4, D. XII, 2, qui dispose que celui qui pendant sa minorité a déféré le serment à son débiteur, peut dans les quatre ans qui suivent la majorité, demander la restitution en entier; il peut par conséquent intenter la demande primitive, et si le défendeur oppose l'exception *jurisjurandi*, il demandera par forme de réplique d'être restitué en entier contre la délation du serment. Mais Ulpien veut qu'en pareil cas l'exception soit limitée par le temps dans lequel le mineur devenu majeur peut poursuivre la restitution. En effet, la restitution vient ici à l'appui d'une action intentée par le mineur, d'une action par laquelle il entend troubler l'état de liberté où se trouve le défendeur, et que la demande tend à limiter en mettant une obligation à sa charge.

Donc les exceptions sont prescriptibles, 1° lorsqu'opposées par forme de réplique, elles servent d'appui à une action que nous intentons nous-même (1).

1108. Les exceptions sont encore prescriptibles lorsqu'elles ne sont pas viscérales, comme disent les auteurs, c'est-à-dire lorsqu'elles ne sont pas puisées dans la cause même qui sert de fondement à la demande à laquelle elles sont opposées. En d'autres termes : elles sont prescriptibles lorsqu'elles sont reconventionnelles.

Pierre est actionné du chef d'un contrat; il oppose l'exception de dol, de violence ou de lésion et l'exception *non adimpleti contractus;* ce sont là toutes exceptions viscérales, c'est-à-dire con-

(1) L. 5, § 6, D. XLIV, 4; — L. 5, C. VIII, 36; — L. 9, § 4, D. XII, 2.

nexes à la demande; donc elles sont imprescriptibles : tant dure la demande, tant dure l'exception. Le même Pierre, sans se défendre au fond, oppose reconventionnellement une autre demande : il prétend que des salaires lui sont dus. Ce n'est pas là une exception viscérale, mais une demande nouvelle formée reconventionnellement, et à laquelle le demandeur primitif peut opposer la prescription. Si cependant le défendeur Pierre opposait une dette compensable, le demandeur primitif ne pourrait opposer la prescription que pour autant que cette prescription lui eût déjà été acquise avant la naissance de la seconde dette; car dès cette naissance, si la prescription de la première dette n'est pas encore accomplie, il y a compensation *ipso jure* à concurrence de la moindre des deux dettes. Si, au contraire, la prescription de la première obligation avait été acquise au demandeur avant la naissance de la créance qui est l'objet de sa demande, aucune compensation ne pourrait lui être opposée, car la dette prescrite ne peut servir à la compensation.

1109. Ainsi, en résumé, toutes les fois que l'exception n'est qu'une défense, elle est imprescriptible; si au contraire elle vient à l'appui d'une action ou est opposée reconventionnellement, elle forme une action déguisée, et, comme telle, elle est prescriptible.

1110. Sous le Code civil, la question de la prescriptibilité des exceptions est également très-controversée (1). Duranton, Merlin et Marcadé soutiennent que les exceptions sont prescriptibles, que la règle : *quae ad agendum temporalia sunt, ad excipiendum sunt perpetua,* n'est plus applicable. Au contraire, Toullier, Zachariæ et Troplong considèrent les exceptions comme imprescriptibles, sauf les deux cas mentionnés par nous en dernier lieu. La question a une importance pratique très-grande, à cause de l'art. 1304 qui, suivant en cela d'anciennes ordonnances, soumet à la pres-

(1) On peut consulter sur cette question : DELVINCOURT, II, p. 596 à 600. — MERLIN, *Rép.*, v° *Prescription*, sect. II, § 25. — TOULLIER, VII, n°s 600 et suivants. — TROPLONG, *Prescript.*, n°s 827 et suivants. — SOLON, II, p. 493. — DURANTON, XII, n° 549. — ZACHARIAE, § 771. — MARCADÉ sur l'art. 1304. — On trouvera d'ailleurs dans TROPLONG l'indication des auteurs antérieurs au Code civil, qui ont traité la même question.

cription de dix ans les actions en nullité ou en rescision formées contre les contrats dont le consentement, quoique existant, est regardé comme vicié ou incomplet, soit par erreur, dol, violence, lésion, soit par l'incapacité personnelle résultant de la minorité, de l'interdiction ou de la puissance maritale. Car il est à remarquer que si le contrat était nul par défaut absolu de consentement (comme il arrive du contrat consenti par le furieux), ou par vice de forme, ou comme n'ayant pas de forme, ou bien comme ayant une cause illicite, l'art. 1304 ne serait pas applicable, l'action en nullité qui en résulterait ne serait soumise qu'à la prescription de trente ans.

Voyons s'il est vrai de dire avec Duranton et Merlin, que l'action en rescision contre une telle convention, dont le consentement est ainsi vicié, étant prescrite, le défendeur ne peut plus opposer l'exception du même chef au cas où il serait poursuivi dans les trente ans par l'action née du contrat; voyons s'il y a une raison pour ne pas appliquer sous le Code la règle : *quae ad agendum temporalia sunt, ad excipiendum sunt perpetua.*

D'abord, qu'a-t-on dit pour repousser cette règle? La règle, dit-on, a été empruntée à la L. 5, § 6, D. XLIV, 4, dans laquelle il s'agit d'un cas où le droit romain, à cause du caractère subsidiaire de l'action *doli,* n'accordait au défendeur d'autre défense que l'exception contre la stipulation. Or, dit-on, chez nous, un tel cas ne se présente plus : quel que soit le vice qui entache le contrat contre lequel on a à se défendre, on peut toujours entreprendre cette défense par voie d'action comme par voie d'exception; donc la L. 5, § 6, dont on a tiré la maxime : *quae ad agendum*... n'est plus applicable aujourd'hui. Tel est au fond le principe sur lequel repose toute l'argumentation de ces auteurs.

A cette argumentation, nous opposerons :

1° Les observations par lesquelles nous avons répondu à ceux des interprètes du droit romain, qui se fondant sur un argument *a contrario* tiré de la L. 5, § 6, D. XLIV, 4, ont prétendu que l'exception n'était perpétuelle et imprescriptible, qu'au cas où le défendeur voyait sa défense réduite à ce seul moyen, et par conséquent qu'elle est prescriptible au cas où il pouvait pour sa

défense recourir en outre à une action. Cette opinion est en effet réfutée par la L. 5, C. VIII, 36, de laquelle il résulte que l'exception est imprescriptible et perpétuelle, alors même que le défendeur a pour sa défense le choix entre l'action et l'exception. S'il en est ainsi, on a donc tort de faire ce raisonnement et de dire sous l'empire du Code : la partie lésée par un contrat entaché de dol, violence, erreur, incapacité, peut toujours attaquer ce contrat par une action aussi bien qu'elle peut y opposer l'exception; par conséquent si elle a négligé d'intenter l'action pendant le temps de la prescription, l'exception sera prescrite en même temps que l'action. — Cette conclusion, pour autant qu'elle est fondée sur la L. 5, § 6, D. XLIV, 4, tombe à faux, parce qu'en droit romain, l'exception est imprescriptible non seulement au cas de cette loi, mais encore dans les cas où elle est accompagnée d'une action.

2° Nous opposerons en second lieu l'ancienne jurisprudence et les textes du Code civil (1). En vertu d'une ancienne ordonnance de 1739, invoquée par Toullier (VII, 602), on ne pouvait déduire ni poursuivre la cassation ou rescision d'un contrat en demandant ou en défendant, que pendant dix ans. Les mots *en défendant* prouvent que d'après l'ordonnance l'exception même était soumise à la prescription. Mais Dumoulin (2) a traité cette disposition de l'ordonnance, de contraire à l'équité naturelle, qui exige que la défense soit accueillie toujours quand l'action est admise, et Bretonnier (3) atteste que la règle : *tant dure la demande, tant dure l'exception,* était devenue triviale au palais malgré le texte de l'ordonnance qui, en ce qui concerne les exceptions, était tombée complétement en désuétude. Telle était donc la jurisprudence généralement admise avant le Code.

Dans cet état de choses, et quand on considère que l'art. 1304, à la différence de l'ordonnance, ne mentionne que l'action sans allusion à l'exception, ne doit-on pas dire que conformément à la jurisprudence existant alors, le code a voulu seulement soumettre l'action à la prescription, laissant l'exception placée sous

(1) Art. 1304 et 2262.

(2) Sur l'ordonnance de 1539, art. 134.

(3) Bretonnier sur Henrys, II. L. 4, quest. 64.

la règle : *Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua?* Si cette maxime a triomphé d'une loi, de l'ordonnance de 1539, comment contesterait-on son efficacité sous le code, qui a laissé l'exception en-dehors de toutes les dispositions relatives à la prescription? D'ailleurs la règle : *quae ad agendum....* est autant fondée sur l'équité naturelle, qu'elle est conforme aux motifs mêmes qui ont fait introduire la prescription; les mêmes motifs qui justifient la prescription des actions, s'opposent à la prescriptibilité des exceptions, quand celles-ci ne sont que des défenses opposées à une action, et non des actions déguisées ou des moyens venant par forme de réplique à l'appui d'une action même. La prescription, en effet, d'après les textes que nous avons cités, est destinée à mettre un terme aux contestations et aux incertitudes, à confirmer l'état de possession et de liberté, à maintenir l'état de paix, le *statu quo :* c'est pour cela que Cicéron l'appelle la patronne du genre humain. D'après cela, les actions, puisqu'elles tendent à soulever des périls, des incertitudes, doivent être prescriptibles. Mais ce serait tourner la prescription contre son but que de l'appliquer aux exceptions qui ne sont que des défenses et qui tendent au même résultat que la prescription elle-même.

Tels sont les motifs qui sous le Code doivent aussi faire considérer les exceptions comme imprescriptibles, en règle générale et à part les deux cas de prescriptibilité que nous avons mentionnés.

DE L'OBLIGATION SOLIDAIRE.

DE L'INTERCESSION.

Sommaire.

1111. Deux classes d'obligations solidaires en droit romain.
1112. De la solidarité accessoire, active ou passive. — La dernière seule existe encore dans la législation de Justinien.
1113. De l'intercession. — Définition. — Conditions qu'elle requiert.
1114. *Première condition :* — Il faut qu'on s'oblige. Donc celui qui fait un sacrifice sans s'obliger, ne pose pas un acte d'intercession.
1115. *Seconde condition :* — Il faut qu'en s'obligeant on se charge de l'obligation d'un tiers.
1116. *Troisième condition :* — Il faut qu'on se charge de l'obligation d'un tiers auprès d'un tiers.
1117. *Quatrième condition :* — Il faut qu'on n'agisse pas dans son propre intérêt, mais dans l'intérêt d'un tiers.
1118. Examen d'un cas où il est dérogé à la seconde condition.
1119. L'intercession se divise en privative et cumulative.
1120. Cette dernière, en subsidiaire et non-subsidiaire.
1121. Différences entre la fidéjussion et le constitut.
1122. Différences entre la fidéjussion et le mandat qualifié. — 1° Le mandat doit précéder l'obligation principale; le cautionnement peut la précéder ou la suivre.
1123. Suite. — 2° L'obligation du *mandator* est plus étendue que celle de la caution.
1124. Suite. — 3° Le paiement fait par le *mandator*, à la différence de celui fait par la caution, ne libère pas le débiteur *ipso jure*.
1125. Suite. — 4° Le jugement absolutoire obtenu par l'un des mandataires ne peut être invoqué par les autres. Il en est autrement dans la fidéjussion.
1126. Suite. — Quelles sont, en résumé, les différences et les analogies entre la fidéjussion et le mandat qualifié?
1127. Comment la capacité générale de s'obliger est restreinte quand il s'agit de s'obliger pour autrui.

1111. Les obligations solidaires peuvent se diviser en deux catégories :

1° Obligations où parmi les personnes cointéressées solidairement, il y en a qui ne le sont qu'accessoirement;

2° Obligations où toutes les personnes solidairement cointéressées, sont principalement obligées.

Ces dernières se subdivisent en obligations que les jurisconsultes modernes appellent corréales, et en solidaires proprement dites ou dans le sens étroit de ce mot.

1112. Quant à la solidarité accessoire (et pour plus de brièveté nous désignerons ainsi les obligations solidaires de la première classe), nous ferons remarquer que dans l'ancien droit on pouvait être accessoirement intéressé dans une telle obligation activement ou passivement. La solidarité accessoire passive s'établissait par l'*adstipulatio*, qui était un moyen de faire passer le bénéfice d'une stipulation aux héritiers, dans tous les cas où cette action aurait dû naître seulement dans la personne des héritiers du stipulant (1). Ce moyen est devenu inutile sous Justinien par la disposition de cet Empereur en vertu de laquelle les obligations pouvaient désormais commencer *ab heredibus* et *in heredes*, en d'autres termes, en vertu de laquelle on pouvait stipuler *post mortem*

(1) Gaius, §§ 11, 14, 117, 215, Comm. III.

dari, ce qui anciennement n'était pas permis. *Liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes*, dit la L. 1, C. IV, 11 (1).

Dans la législation de Justinien il n'est donc plus question que de la solidarité accessoire passive, appelée *adpromissio* et plus communément *intercessio*, quoique ce dernier mot ait d'ailleurs une signification plus étendue et comprenne non seulement l'*adpromissio*, mais aussi l'*expromissio*.

1113. Mühlenbruch définit l'intercession, tout acte par lequel on assume sur soi la dette d'autrui : *Intercessio generatim dicitur conventio, qua, quod alius debet, alius in se recipit solvendum* (2).

Comme il serait difficile de comprendre sous cette définition le cas où l'on constitue un gage ou une hypothèque pour la dette d'autrui, je pense qu'on dira mieux, que l'intercession est tout acte par lequel on s'oblige personnellement ou par lequel on oblige sa chose pour l'obligation d'autrui et dans l'intérêt d'autrui. En effet, pour qu'il y ait intercession il faut les quatre conditions suivantes :

1° Que celui qui intervient, contracte une obligation;

2° Qu'en s'obligeant, il se charge de l'obligation d'un tiers;

3° Qu'il se charge de l'obligation d'un tiers, auprès d'un tiers;

4° Il faut enfin qu'en tout cela il n'agisse pas dans son propre intérêt, mais dans l'intérêt d'un tiers.

Nous allons examiner successivement et en détail chacune de ces conditions.

1114. Nous venons de dire que dans l'intercession il faut que celui qui intervient, contracte une obligation. Donc celui qui sans s'obliger, fait un sacrifice pour autrui, ne pose pas un acte d'intercession (3). Il en est ainsi de celui qui paierait la dette d'autrui, de celui qui vendrait sa chose afin de payer pour autrui, de celui qui déléguerait son débiteur, de celui qui renoncerait à l'hypothèque à lui consentie par le débiteur, afin que celui-ci pût vendre

(1) Comp. L. 11, C. VIII, 38; — § 13, Inst. III, 19.

(2) Muhlenbruch, *Doctr. Pand.*, § 483.

(3) L. 4, § 1, D. XVI, 1; — LL. 1 et 4, C. IV, 29; — L. 8, § 5, D. XVI, 1,

la chose franche et libre, et payer du prix un autre créancier (1). Il ne faut pas regarder comme contraire à ce principe la L. 32, § 2, D. XVI, 1. En effet, si dans cette L. 32, on dit de la femme qui acquitte une obligation, qu'elle intercède, c'est qu'il y est question d'une obligation que la femme avait contractée antérieurement à ce paiement (2).

1115. Il faut, avons-nous dit, qu'en s'obligeant on se charge de l'obligation d'un tiers, soit par une *expromissio*, soit par une *adpromissio*. Pour ce motif, il n'y a pas d'intercession lorsqu'on accepte une succession qui est obérée, car dans ce cas où est le tiers débiteur qui soit libéré ou qui demeure obligé à côté de l'héritier qui accepte? (3).

Pour le même motif il n'y a pas intercession dans le cas de la L. 18, § 1, D. XVI, 1. Une mère, dans le but d'empêcher la vente des biens de son fils pupille, à laquelle allait procéder le tuteur pour se couvrir des avances qu'il avait faites, promet une indemnité au tuteur, s'il accorde un délai. Elle intervient, mais juridiquement elle ne pose pas un acte d'intercession, bien qu'elle s'oblige dans l'intérêt du pupille; car elle ne se charge pas de l'obligation d'autrui, elle contracte une obligation qui lui est personnelle, et qui demeure distincte de celle du pupille.

1116. Pour qu'il y ait intercession, il faut en troisième lieu qu'on se charge de l'obligation d'un tiers auprès d'un autre tiers. Par ce motif il n'y a pas intercession lorsqu'on assume sur soi le risque d'un fait posé par un tiers (4), car dans ce cas on interviendrait pour un tiers auprès de ce tiers, et de même que le tiers ne peut être obligé envers lui-même, de même on ne peut intervenir pour une personne auprès de cette même personne: *Vix est ut aliqua apud eumdem pro eo ipso intercessisse intelligi possit,* dit la L. 19, D. XVI, 1. C'est pourquoi, quand l'héritier d'un tuteur qui a mal géré, hésite à accepter la succession à cause de cette responsabilité, et que la mère du pupille l'engage à faire

(1) L. 5, D. XVI, 1.
(2) Comp. Glück, *Pand.*, XIV, § 923.
(3) L. 32 pr., D. XVI, 1.
(4) Voyez Glück, *Pand.*, XVI, p. 442.

acte d'acceptation, promettant de l'indemniser, il n'y a pas dans ces faits une intercession proprement dite, car la mère ne contracte pas l'obligation d'un tiers; elle contracte bien une obligation auprès de cet héritier, mais non les obligations de l'héritier auprès du tiers; son obligation est nouvelle et spéciale, elle ne prend la place d'aucun autre. Elle ne constitue pas une intercession, puisque celle-ci suppose non seulement qu'on contracte une obligation dans l'intérêt d'un tiers, mais qu'on contracte l'obligation d'un tiers auprès d'un tiers créancier.

De même, il n'y a pas d'intercession au cas suivant, prévu par la même L. 19, § 1 : Par le décès du père, l'aîné de deux frères non émancipés était devenu tuteur légitime de son frère impubère; il montrait de l'hésitation à faire acte d'héritier, lorsque déférant au mandat de sa mère, il use du *privilegium abstinendi* pour le pupille, tandis que pour son compte il accepte l'hérédité. Dans cette espèce Africain décide qu'il n'y a pas d'intercession; quoique la mère se soit obligée envers le tuteur, et du chef de l'abstention pour le pupille, et du chef de l'acceptation pour son compte à lui tuteur, elle n'a pas contracté la dette d'autrui. Il y aurait encore ici *intercessio apud eumdem pro eodem,* ce qui ne se peut d'après la même L. 19. Toutefois, relativement à la responsabilité de la mère du chef du dommage que l'acceptation aurait causé au frère tuteur, par suite de l'insolvabilité des débiteurs de la succession, le jurisconsulte fait cette observation, que si cependant la mère avait eu l'intention de garantir la solvabilité du débiteur de la succession, il y aurait intercession, car elle aurait alors contracté accessoirement les obligations de ces débiteurs auprès de l'héritier.

Il y a cependant intercession au cas de la L. 19, § 4, D. XVI, 1. — Un héritier hésite à accepter une succession parce que les créances lui paraissent irrécouvrables ou suspectes; on l'engage à l'accepter en lui garantissant le recouvrement de ces créances : il y a intercession parce que cette garantie implique cautionnement pour les débiteurs de la succession auprès de l'héritier.

Enfin il y a encore intercession dans le cas de la L. 6, § 1, C. IV, 29, où le tuteur, voulant faire valoir une excuse légitime parce qu'il craint de n'être pas remboursé des frais de son admi-

nistration, accepte la tutelle, parce que la mère lui a promis de l'indemniser de ses frais. Il y a intercession parce que l'objet de l'obligation de la mère est le même que celui de l'obligation du pupille; les frais d'administration que le pupille devra, la mère les promet accessoirement au tuteur.

1117. Voyons la quatrième condition requise pour qu'il y ait intercession. Il ne suffit pas, avons-nous dit, qu'on contracte une obligation pour l'obligation d'un tiers, présente ou future (1), auprès d'un tiers, il faut encore qu'on contracte cette obligation dans l'intérêt d'autrui et non dans son propre intérêt. En d'autres termes, il faut qu'on contracte l'obligation d'autrui, sans qu'on ait été obligé soi-même, et sans que par l'obligation qu'on contracte on en éteigne une dont on était tenu soi-même.

D'après cela, la femme qui vient en justice se constituer défenderesse et assumer sur elle le jugement pour celui qui, s'il eût été condamné personnellement, aurait eu un recours contre elle, ne poserait pas un acte d'intercession. Tel serait le cas où la femme viendrait défendre sa propre caution, ou bien celui qui lui aurait vendu une succession et qui, pour les condamnations qu'il subit au profit des créanciers de la succession, a son recours contre elle en vertu des stipulations *emtae et venditae hereditatis* (2).

Ne pose pas non plus un acte d'intercession la femme qui, après avoir acheté une succession, se constitue débitrice en place de l'héritier auprès des créanciers de cette succession, parce que la dette qu'elle assume auprès de ces créanciers, elle en eût été tenue envers l'héritier qui a vendu la succession (3).

La femme à qui j'ai donné de l'argent pour me libérer auprès de mon créancier, et qui au lieu d'effectuer le paiement, me libère en se constituant débitrice en mon lieu et place, ne pose pas un acte d'intercession, parce qu'ayant reçu de moi mandat de payer, elle était tenue de l'action *mandati* et qu'en se constituant débitrice de mon créancier, elle s'est libérée de cette action (4).

(1) L'obligation d'un tiers pour lequel on intervient, peut procéder ou suivre l'intercession. Elle la suit quelquefois, comme dans le mandat qualifié. Voyez le n° 1122.

(2) L. 3, D. XVI, 1.

(3) L. 13 pr., D. XVI, 1.

(4) L. 22, D. XVI, 1.

De même la femme qui, en vertu d'une délégation qu'elle a reçue de son créancier, se constitue débitrice auprès du délégataire, ne fait pas acte d'intercession, parce qu'en s'obligeant elle éteint sa propre dette auprès du déléguant (1).

Il n'y a pas d'intercession quand la femme délègue un tiers à son créancier en se constituant caution pour ce tiers, encore par ce motif qu'elle s'oblige pour être libérée elle-même (2). Enfin il n'y a pas non plus d'intercession quand la femme, pour se soustraire à un dommage commun, contracte un emprunt avec son associé et s'oblige solidairement avec lui, lorsqu'autrement elle n'aurait pas pu éviter le dommage (3).

1118. Il est à remarquer que par dérogation aux règles que nous venons de tracer, il y a un seul cas où l'on pose un acte d'intercession sans s'obliger pour l'obligation d'autrui; c'est celui prévu par les LL. 8, § 14, et 29, D. XVI, 1, quand on s'oblige pour prévenir l'obligation d'autrui; par exemple, B doit contracter un emprunt auprès de C, mais celui-ci n'a pas pleine confiance dans la solvabilité de B : l'emprunt est donc contracté par A qui à son tour prête à B. — Il y a ici intercession : on n'a pas contracté à la vérité l'obligation d'autrui, mais on a contracté l'obligation qu'un autre eût dû contracter pour obtenir l'emprunt, en d'autres termes on a interposé son crédit pour autrui. Si l'on empruntait de l'argent pour faire donation à un tiers, il n'y aurait pas intercession, parce que si dans ce cas on s'est obligé, ce n'est pas cependant pour l'obligation d'autrui (4).

1119. On distingue généralement deux espèces d'intercessions : l'*intercessio privativa* (*principalis*) et l'*intercessio cumulativa* (*accessoria*).

La première a pour effet de libérer complétement la personne pour laquelle on intervient; elle peut avoir lieu :

1° Au moyen d'une *expromissio*.

(1) L. 24 pr., D. XVI, 1.

(2) L. 2, C. VIII, 41; — L. 27, § 2, D. XVI, 1. — Comp. SINTENIS, *Zeitschr. für Civilr.*, X, p. 55.

(3) L. 17, § 2, D. XVI, 1.

(4) L. 4, § 1, D. XVI, 1.

2° Au moyen de la délégation, lorsque le délégué n'est pas le débiteur du déléguant, car s'il était débiteur, on ferait bien un sacrifice pour autrui, mais on ne s'obligerait pas pour l'obligation d'autrui.

3° Par la litiscontestation, quand sur une poursuite dirigée contre un tiers on se présente en justice pour le défendre, assumant sur soi le jugement (1).

4° Quand on compromet pour autrui, c'est-à-dire lorsque dans un différend qui concerne un tiers, on assume sur soi la décision arbitrale, comme au cas précédent on assume sur soi les conséquences du jugement.

5° Dans le cas des LL. 8, § 14, et 29, D. XVI, 1, lorsqu'on contracte une obligation qu'un tiers aurait dû contracter (n° 1118).

1120. L'intercession est *cumulativa* quand celui qui intervient s'oblige avec celui pour lequel il intervient, de telle sorte que tous deux demeurent obligés jusqu'à ce que le créancier ait été satisfait.

Plusieurs jurisconsultes divisent ultérieurement l'intercession cumulative en *subsidiaria* et *non subsidiaria* (2). L'intercession est subsidiaire, quand la personne qui est intervenue, n'est tenue que *in subsidium*, c'est-à-dire pour le cas où le créancier ne peut pas être payé par le débiteur principal. Elle est non-subsidiaire dans tous les cas où la personne qui est intervenue, serait tenue même dès avant que le créancier aurait dirigé des poursuites contre le débiteur principal. Avant Justinien toute intercession était, en règle générale, non-subsidiaire; elle n'était subsidiaire qu'en vertu d'une clause expresse, et un fidéjusseur qui avait stipulé qu'il ne serait tenu qu'au cas où le créancier n'aurait pas été satisfait par les poursuites dirigées contre le débiteur principal, s'appelait *fidejussor indemnitatis* (3).

Mais depuis Justinien l'introduction du *beneficium ordinis* ou *excussionis* a rendu généralement toute intercession subsidiaire. Nous excepterons pourtant et le cas où le *constitutum debiti alieni*

(1) L. 11, § 1, D. XLVI, 2; — Comp. le n° 1050.
(2) Voyez, sur ce point, GLUCK, *Pand.*, XIV, p. 447.
(3) Comp. LL. 1 et 2, C. X, 2.

avait pour objet non seulement la garantie, mais la faculté pour le créancier d'exiger le paiement en un autre lieu et un antre temps (1), et celui où l'*intercessor* avait formellement renoncé au *beneficium excussionis;* dans ces deux cas l'intercession était non-subsidiaire.

1121. La fidéjussion, le constitut, le mandat qualifié sont divers modes d'intercession cumulative, à part l'hypothèque dont nous n'avons pas à parler ici.

On trouve encore un autre mode tout exceptionnel d'intercession cumulative au cas de la L. 17, § 2 *in fine,* D. XVI, 1, lorsque celui qui n'aurait dû s'obliger que *proratâ* avec un tiers, s'oblige solidairement; dans ce cas, tout en se constituant débiteur principal pour sa part, il se constitue caution pour la part de son cointéressé. Ce mode d'intercession, où l'on s'oblige *principaliter* et *in solidum,* sans que cela soit nécessaire, diffère du cautionnement proprement dit, en ce que s'obligeant *in solidum,* on renonce implicitement au *beneficium ordinis* ou *excussionis* (2).

Entre la fidéjussion et le constitut il s'est conservé, même sous Justinien, des différences qui se sont effacées cependant daus l'application qui a été faite du droit romain en Allemagne. En effet, le pacte ayant obtenu le même effet que la stipulation, il n'y a plus eu qu'une seule forme de caution, à laquelle la jurisprudence allemande a attribué de préférence les effets du constitut, parce qu'ils sont puisés dans l'Édit du préteur tandis que ceux de la fidéjussion dérivent du strict droit.

1° La fidéjussion, en effet, requérait la stipulation; donc elle ne pouvait avoir lieu tacitement entre absents, par lettre ou messager. — Cependant la L. 4, § 3, D. XXVII, 7, nous fournit l'exemple d'un cautionnement tacite, admis en faveur d'un pupille. Si, dit cette loi, les personnes que les tuteurs ont désignées pour leurs cautions, ont été présentes, et que leurs noms aient été portés sur l'acte dressé, sans qu'elles aient formé opposition, elles seront obligées comme cautions, sans qu'aucune stipulation soit intervenue.

(1) L. 1, § 5; LL. 4, 5, 13, 19, § 1, D. XIII, 5. — L. 25, D. *eod.*
(2) Comp. Puchta, p. 344.

Le constitut, au contraire, avait lieu par simple pacte; il ne requérait que le consentement exprès ou tacite (1).

2° La fidéjussion avait pour but unique la sécurité du créancier. Dans le constitut, cette sécurité était aussi le but principal, mais le constitut pouvait en outre avoir pour objet de procurer au créancier certains avantages relatifs soit à l'objet, soit au lieu ou au temps de paiement (2).

D'après cela le constitut pouvait avoir pour objet une chose autre que la chose due, puisqu'on peut, du consentement du créancier, lui payer utilement autre chose que celle qui était due, donc aussi promettre de payer autre chose (3). Mais quand le constitut avait pour objet une plus grande somme ou quantité que celle due *principaliter*, il n'y avait obligation qu'à concurrence du principal (4).

En second lieu, le constitut pouvait procurer au créancier un avantage, quant au temps et au lieu; ce qui était dû à terme pouvait être constitué purement et simplement (5), ce qui était dû dans tel lieu, pouvait être constitué dans tel autre. Mais quand l'obligation principale était conditionnelle, le constitut, fût-il intervenu sans condition, n'avait d'effet que pour autant que la condition de la dette principale était arrivée.

Dans la fidéjussion au contraire, le créancier ne pouvait réaliser aucun autre but que celui de la sécurité de sa créance. C'est pourquoi la fidéjussion était nulle quand le fidéjusseur promettait une chose autre que celle qui était due principalement; elle était nulle toutes les fois que le fidéjusseur s'était engagé *in deteriorem causam*. Il pouvait s'engager à moins, il pouvait promettre sous condition ou à terme ce qui était dû purement et simplement, mais dès qu'il promettait autre chose ou qu'il s'obligeait *in deteriorem causam*, la fidéjussion était frappée de nullité. Elle n'était pas réductible à la mesure de l'objet principal, mais elle était

(1) L. 14 et L. 15, D. XIII, 5.
(2) Comparez Glück, *Pand.*, XIII, p. 392.
(3) L. 1, § 5, D. XIII, 5; — L. 25, D. XIII, 5.
(4) L. 11, § 1, D. XIII, 5.
(5) L. 4, D. XIII, 5.

considérée comme non avenue pour le tout. Or, il pouvait y avoir *deterior causa* de plusieurs manières :

1° *Re,* si le fidéjusseur avait promis plus que ce qui était dû principalement (1).

2° *Loco,* s'il avait promis avec désignation d'un lieu, alors que dans l'obligation principale il n'y avait pas de lieu désigné, ou s'il avait promis de payer dans un lieu plus désavantageux que celui désigné dans l'obligation principale (2).

3° *Tempore,* quand la fidéjussion aurait permis au créancier de poursuivre le fidéjusseur avant le débiteur principal, ou avant l'arrivée de la condition et indépendamment de son accomplissement (3).

4° *Causa,* quand la fidéjussion aurait privé le fidéjusseur d'un choix qu'avait le débiteur principal (4).

Dans tous ces cas la fidéjussion est nulle, tandis que le constitut est valable, sous cette réserve cependant qu'au cas où le constitut a pour objet une plus forte somme ou quantité, il est réductible à la mesure de l'obligation principale.

Telles sont les différences entre le constitut et la fidéjussion. Quelques auteurs ont voulu en trouver d'autres encore relativement aux bénéfices accordés au fidéjusseur, *beneficia divisionis, excussionis seu ordinis.* Mais ces bénéfices s'étendent aussi au constitut, en règle générale; excepté le cas où le créancier, en se faisant constituer sa créance, a eu en vue un avantage autre que celui de sa sécurité, un avantage de lieu, de temps ou de choix entre l'objet dû primitivement et celui promis par constitut. C'est pourquoi il n'est pas exact de dire que le constitut diffère en général de la fidéjussion, en ce qu'il serait non-subsidiaire. En règle générale, il est subsidiaire; il est non-subsidiaire par exception (5).

Si le débiteur principal promet Stichus ou Pamphilus, tandis que la caution ne s'oblige que pour Stichus, le cautionnement

(1) L. 8, § 7, D. XLVI, 1.
(2) L. 16, §§ 1 et 2, D. XLVI, 1.
(3) L. 8, § 7, D. XLVI, 1.
(4) Même loi, §§ 8 et 9. — Comp. Gluck, XIII, p. 401.
(5) Nov. XCIX, c. 1. — Muhlenbruch, *Doctr. Pand.*, 484, n. 12.

est-il valable? — On pourrait croire que le cautionnement est nul, parce que le débiteur aurait un choix que n'a pas la caution, et que partant l'obligation de la caution serait plus onéreuse que l'obligation principale; mais sous le rapport des risques et périls l'obligation est beaucoup moins onéreuse, car si Stichus périt, la caution sera libérée tandis que le débiteur principal demeurera obligé. C'est pourquoi le cautionnement est valable dans ce cas, tandis qu'il serait nul si l'on supposait le débiteur principal obligé à donner Stichus, et la caution obligée à donner Stichus ou Pamphilus (1).

Si le débiteur avait promis Stichus et Pamphilus conjointement, et que la caution les eût promis alternativement, le cautionnement serait-il valable? Il faut répondre affirmativement, d'abord parce que la caution ne sera pas obligée *in deteriorem causam*, et ensuite parce que, soit qu'elle donne Stichus, soit qu'elle donne Pamphilus, elle ne donnera rien, elle ne sera obligée à rien, qui ne soit dû par le débiteur (2).

Quelques auteurs contestent que lorsque le fidéjusseur s'est engagé à une somme plus forte que le débiteur principal, la fidéjussion serait nulle pour le tout; ils enseignent qu'elle est au moins valable à concurrence de la somme de la dette cautionnée. Ils invoquent la règle *utile per inutile non vitiatur*, — la L. 1, § 4, D. XLV, 1, où il est dit que si je stipule 10 et que l'on promette 20, la stipulation est valable à concurrence de 10, la L. 33, D. XVII, 1, qui accorde l'action *mandati* à celui qui s'est porté caution pour une somme plus forte que celle pour laquelle il avait reçu mandat; — enfin les LL. 11, § 1, et 12, D. XIII, 4, qui déclarent valable, à concurrence de la somme due principalement, le *constitutum debiti alieni* lorsque le constituant s'est engagé à plus que le débiteur principal. Enfin ils traduisent les mots *omnino non obligari* de la L. 8, § 7, D. XLVI, 1, comme s'ils signifiaient *in solidum non obligari*, c'est-à-dire non pas que la caution n'est pas obligée du tout, mais qu'elle n'est pas obligée pour le tout (3).

(1) L. 34 et L. 8, § 8, D. XLVI, 1. — Comp. L. 8, §§ 9, 10, D. *eod.*
(2) L. 8, § 11, D. XLVI, 1.
(3) Voyez Voet *ad Pand.*, XLVI, 1, nº 4.

Quant à l'argument tiré du constitut, nous y avons déjà répondu en montrant que le constitut suit des règles tout autres que la fidéjussion, celle-ci appartenant au *strictum jus*, tandis que le constitut est soumis au *jus gentium*. Vouloir s'obliger comme un tiers et à plus que ne l'est ce tiers, sont deux intentions contradictoires qui annullent la fidéjussion : en vain voudra-t-on recourir à l'intention présumée du fidéjusseur, et supposer qu'il a voulu s'obliger pour la moindre des deux sommes : on oublie que dès que les parties stipulent, aucune volonté présumée ne saurait être invoquée; stipulation et volonté présumée sont choses tout-à-fait contradictoires et inconciliables. C'est par ce motif qu'en droit romain la stipulation irrégulière dans sa forme, n'a pas même les effets du pacte; elle n'engendre pas même une obligation naturelle, elle est complétement nulle (1).

D'autre part, si au lieu de traduire les mots *omnino non obligari* de la L. 8, § 7, par : les cautions ne sont pas obligées de tout, — il fallait dire : ne sont pas obligées pour le tout, Ulpien se serait, il faut l'avouer, exprimé d'une manière très-incorrecte. En effet, il parle en général, dans cette loi, des cas où la caution a pris un engagement plus onéreux que le débiteur principal. Or on peut, comme nous venons de le voir, s'engager *in deteriorem causam* de plusieurs manières : *tempore, loco, causa,* etc. Or, si *omnino non* veut dire *non in solidum,* comment ces expressions peuvent-elles s'appliquer au cas où le cautionnement est plus onéreux à raison du temps, du lieu ou de la *causa?* S'expliquerait-on que cet Ulpien, que l'on cite à juste titre comme un modèle de clarté et d'exactitude, eût pu exprimer sa pensée dans un langage aussi obscur? Ne faut-il pas au contraire conclure, de ce que les LL. 8, §§ 9 et 10, et 70, D. XLVI, 1, démontrent que la caution qui a promis plus, *tempore* ou *causa,* n'est pas obligée du tout, qu'il ne peut en être autrement de celle qui promet plus eu égard à la quantité.

En vain opposerait-on que la L. 1, § 4, D. XLV, 1, dit que

(1) Dans l'ancienne pratique les règles du constitut l'ont emporté sur ce point sur celles de la fidéjussion. Voyez Groenewegen, *De Legibus abrogatis, ad* L. 8, § 7. — Voet, *ad Pand.*, XLVI, 1, n. 4.

si je stipule 10 et que vous promettiez 20, vous êtes obligé à payer 10. Il peut uniquement en résulter que si la dette principale est de 10 et que le créancier stipule 10 de la caution tandis que celle-ci promet 20, la stipulation sur le cautionnement ne comprendra réellement que 10, ce que nous admettons. Mais ce n'est point là le cas qui nous occupe.

Enfin, quant à la L. 33, D. XVII, 1, qu'on a également invoquée, il en résulte bien que la caution qui a cautionné pour 1000, tandis que le débiteur principal lui avait donné mandat de se porter caution pour 500, a l'action *mandati* pour répéter 500 parce qu'en effet elle a exécuté le mandat, car qui se porte caution pour 1000, se cautionne aussi pour 500. Mais c'est là une toute autre question que celle de savoir si cette même caution est obligée envers le créancier; cette dernière question n'est pas même effleurée à la L. 33; de sorte que cette loi, pas plus que les autres textes que nous venons d'examiner, ne nous paraissent en opposition avec le principe que si le fidéjusseur a promis plus que le débiteur principal, la fidéjussion est nulle.

1122. Entre le cautionnement, dans le sens de constitut et de fidéjussion, et le mandat qualifié, il y a des différences qui proviennent non pas de la forme de ces actes, ni du *jus gentium* et du *strictum jus*, mais de leur essence :

1° Une première différence, dont dépendent en quelque sorte les autres, est que la fidéjussion peut suivre ou précéder l'obligation principale, tandis que le mandat qualifié doit la précéder. Le *mandatum pecuniae credendae* ou, comme on l'appelle aussi, la lettre de crédit doit nécessairement précéder le crédit : si je mandais à Pierre de prêter telle somme à Paul, et que la lettre lui parvînt après qu'il eût déjà de son chef déféré à la demande de Paul, et effectué le prêt, le mandat serait nul, faute d'objet : *quod factum est, fieri nequit* (1). Remarquez que dans le mandat qualifié le prêteur n'est pas lui-même auteur du crédit qu'il accorde; l'auteur, c'est le mandant qui est responsable et qui est tenu de l'action *mandati contraria;* si le prêteur était lui-même auteur du crédit, il ne saurait y avoir mandat.

(1) L. 13, § 14, D. XVII, 1.

1123. 2° De ce que dans le mandat qualifié le mandant est auteur du crédit, de l'obligation qu'il garantit, il suit que sa garantie est aussi plus stricte, plus étendue que celle de la caution.

La L. 13, D. IV, 4, contient l'application de cette proposition : j'ai contracté avec un mineur qui m'a donné caution; le mineur, pour autant qu'il est lésé, m'oppose la restitution en entier : pourrai-je pour le surplus actionner la caution, ou plutôt celle-ci pourra-t-elle, lorsque je l'actionnerai, m'opposer la restitution? La L. 13 établit une distinction; si, dit-elle, en contractant avec le mineur j'ai connu son état, et que par suite de mon manque de confiance, quelqu'un soit venu se porter caution, il ne pourra pas m'opposer la restitution; car il est censé être intervenu pour me garantir et contre le péril de l'insolvabilité et contre le péril de la restitution. Ce sera donc la caution qui devra supporter la perte de la lésion essuyée par le mineur. Le jurisconsulte déclare que dans ce cas la caution n'aurait pas l'action *mandati contraria* contre le débiteur principal, contre le mineur : *Itaque si cum scirem minorem, et ei fidem non haberem, tu fidejusseris pro eo, non est aequum fidejussori in necem meam subveniri : sed potius ipsi deneganda erit mandati actio.* La même loi ajoute que dans un pareil cas, lorsqu'une caution intervient pour favoriser un mineur, le Préteur examinera les circonstances du fait, pour voir lequel, du créancier ou de la caution, supportera la lésion essuyée par le mineur; car dans tous les cas les intérêts du mineur doivent être saufs. Celui-ci pourra se faire restituer et contre le créancier qui l'actionne directement, et contre la caution qui exerce son recours contre lui; il se fera restituer contre la caution si celle-ci a dû payer et a su qu'elle intervenait pour un mineur, et qu'elle ait voulu ainsi garantir le créancier contre le péril de la restitution. Si pareille intention ne résulte par des circonstances, si par exemple la caution et le créancier ont ignoré la minorité, et que par conséquent la caution n'ait pu intervenir en considération de la restitution (*consideratione juris praetorii*), si elle est intervenue seulement pour garantir la solvabilité du mineur, la caution pourra opposer l'exception de la restitution en entier, supportée par le créancier. En

somme, dit la L. 13, c'est une question de fait qui doit se résoudre d'après les circonstances, et qui dépendra de la connaissance ou de l'ignorance où se sont trouvés le créancier et la caution relativement à l'état du mineur.

Au contraire, lorsqu'il s'agit d'un mandat, et que la même question se présente entre le prêteur et le *mandator pecuniae credendae*, on doit plus facilement admettre que le mandant ne pourra invoquer la restitution, et que par conséquent la perte devra être supportée par lui plutôt que par le prêteur, puisque le mandant est l'auteur du crédit accordé au mineur : *Hic enim velut adfirmator fuit, et suasor ut cum minore contraheretur*. Le prêteur auquel le mineur oppose la restitution en entier, et qui ne peut être payé du mineur qu'à concurrence de ce dont le mineur est demeuré enrichi, aura donc l'action *mandati contraria* contre le mandant, afin d'obtenir de lui tout ce qu'il aurait dû obtenir du mineur (1). Il aura cette action contre le mandant beaucoup plus facilement, dit la L. 13, qu'il n'aurait, au même effet, l'action *ex stipulatu* contre la caution, puisqu'il n'aurait cette dernière qu'au cas où il serait prouvé que la caution est intervenue *consideratione juris praetorii*, et pour garantir le péril de la restitution même; au contraire, pour qu'il n'eût pas l'action *mandati* contre le mandant, il fallait que le mandant eût ignoré l'état du mineur et que le prêteur, connaissant cet état, eût pu supposer que le mandant se fût abstenu de donner le mandat si lui aussi l'avait connu.

Pour que le prêteur, à qui le mineur a opposé la restitution en entier, n'ait pas l'action *mandati* contre le mandant, il faudrait donc qu'il y eût dol de la part du prêteur. La L. 13 prouve donc que nous avons eu raison de dire qu'à quelques égards l'obligation du mandant est plus stricte, plus étendue que ne l'est celle de la caution.

Cette obligation est encore plus étendue en ce que, d'après les principes du mandat, le mandant doit rembourser au mandataire non seulement la somme que celui-ci a prêtée, mais encore tous dommages-intérêts, le tout suivant les règles de bonne foi et d'é-

(1) Voyez plus haut les nos 731 et 733.

quité qui régissent le mandat; or, d'après ces règles, le mandant doit dans certains cas les intérêts des sommes que le mandataire a employées pour lui; il doit ces intérêts si le mandataire lui-même a dû faire un emprunt usuraire, ou s'il a fait rentrer un capital qui portait intérêts ou qu'il eût pu placer ailleurs, s'il en avait l'habitude (1).

1124. 3° Une troisième différence entre le mandat qualifié et le cautionnement, consiste en ce que le paiement fait par le mandant ne libère point le débiteur *ipso jure*, comme celui fait par la caution libère le débiteur principal. Cette différence résulte de ce que le mandant contracte une dette qui existe par elle-même, en vertu du mandat qui l'oblige *principaliter* et en son propre nom, tandis que la caution ne promet et n'est obligée de payer que les dettes d'autrui; d'où il suit qu'elle ne peut être obligée qu'aussi longtemps que la dette subsiste. C'est pourquoi, au lieu de nous borner à dire comme Mühlenbruch (2), que le paiement ne libère pas le débiteur *ipso jure*, nous ajouterons que réciproquement le paiement fait par l'emprunteur n'éteint pas *ipso jure* l'action du prêteur contre le *mandator*. En effet, si l'emprunteur a restitué le prêt, l'action du prêteur contre le *mandator* ne sera éteinte que par forme de compensation; en ce cas le prêteur doit restituer au *mandator* la somme payée en restitution du prêt, car le prêteur n'a pas fait sa propre affaire, mais celle du *mandator*, et celui-ci, de son côté, doit rembourser au mandataire la somme qu'il a déboursée pour l'exécution du mandat; il y a donc deux dettes qui se compensent. Toutefois, cette compensation ne libère pas toujours complétement le *mandator;* il se peut qu'il doive plus au mandataire que celui-ci ne lui doit; c'est ce qui a lieu lorsque le prêt a été fait à un mineur, que la loi ne restitue qde pour autant qu'il ne s'est pas enrichi, ou bien lorsque le mandataire a droit à des intérêts. Dans ces cas, malgré le paiement fait par l'emprunteur, l'action *mandati contraria* reste au prêteur. Donc il est vrai de dire que le paiement fait par l'emprunteur ne libère pas le mandant *ipso jure*.

(1) Voyez plus haut le n° 731.

(2) Muhlenbruch, *Doctr. Pand.*, § 484.

De la première proposition, à savoir que le paiement ne libère pas le débiteur *ipso jure*, il suit que le *mandator*, dans le cas qui nous occupe, comme dans tout mandat, peut se faire céder, même après le paiement par lui fait, les actions acquises par le mandataire dans l'affaire mandée (1). Le *mandator* qui paie, ne libère pas le débiteur *ipso jure*, car il paie en son propre nom, il ne paie que ce qu'il doit lui-même *principaliter;* donc ce paiement ne pourrait libérer *ipso jure* le débiteur, l'emprunteur (2).

La caution, au contraire, paie toujours au nom du débiteur principal, car dès le principe elle a promis de payer ce que doit celui-ci; donc nécessairement en payant elle libère le débiteur principal, elle éteint toute l'obligation. Or l'obligation éteinte ne peut plus être l'objet d'une cession. Donc si la caution veut se faire céder les actions contre le débiteur principal, il faut qu'elle demande cette cession au créancier ou qu'elle convienne avec lui de cette cession avant d'effectuer le paiement; ce ne sera qu'à cette condition que la cession pourra se faire encore à la caution après le paiement; car si un tel arrangement a lieu avant le paiement, la caution sera censée plutôt avoir acheté l'obligation et avoir acquitté le prix d'achat, qu'avoir éteint l'obligation même (3).

Si l'emprunteur a payé, et que le *mandator*, non informé de ce fait, paie ensuite, le *mandator* aura acquis la condiction *sine causa;* car il a payé sans cause si le mandataire ne peut lui céder les actions qu'il a acquises en exécution du mandat contre l'emprunteur. Or, ces actions sont éteintes. Le *mandator* a donc pour ce motif la condiction *sine causa;* mais comme il a payé de bonne foi, il a lui-même l'action *mandati contraria* contre son principal, contre l'emprunteur qui devra l'indemniser.

Si le débiteur a payé, ignorant le paiement déjà fait par le *mandator*, il en sera de même; le *mandator* aura encore payé sans

(1) L. 28. D. XVII, 1.
(2) Comp. Cujas, *Observ. et emend*, Lib. XXIII, c. 25.
(3) L. 76, D. XLVI, 3.

cause, et il aura la condiction *sine causa* qu'il cédera au débiteur principal.

1125. 4° Enfin il existe une quatrième différence. Avant Justinien il y avait entre le mandat et la fidéjussion une différence remarquable en ce qui concerne les effets de la litiscontestation, différence qu'il est d'autant plus opportun de faire ressortir, qu'elle a été conservée par Justinien en ce qui concerne les effets de la chose jugée lorsque le jugement est absolutoire.

On sait que dans l'ancien droit la litiscontestation avait pour effet de consumer l'action; d'où résultait que si le créancier avait contesté le litige avec l'un des débiteurs solidaires, son action était éteinte, et que par conséquent les autres débiteurs étaient libérés, que le demandeur eût succombé dans l'action ou triomphé. C'est pourquoi l'on dit qu'anciennement la litiscontestation avait les effets de la novation. Cependant ce n'était que dans les obligations étroitement solidaires, c'est-à-dire dans celles où la solidarité résultait d'un testament ou de la stipulation, que le droit romain attribuait à la litiscontestation l'effet de consumer l'action même à l'égard des codébiteurs non assignés (1). Quand la solidarité n'était pas étroite, qu'elle avait une cause autre que la stipulation ou le testament, soit le délit, le quasi-délit, la faute, alors la litiscontestation avec l'un des débiteurs n'empêchait pas le créancier de forcer successivement les autres; et comme nous l'apprend la L. 28, C. VIII, 41, il en a été de même de plusieurs *mandatores*, dont l'obligation ne s'éteignait pas non plus par la litiscontestation intervenue entre l'un d'eux et le créancier.

Ces dispositions qui gouvernaient l'obligation solidaire lorsqu'elle n'était pas corréale, ont paru plus justes à Justinien. Dérogeant aux conséquences que le droit strict tirait de l'unité de l'obligation, malgré la pluralité des débiteurs, il voulut que la litiscontestation n'eût plus d'effet préjudiciable au créancier. Justinien décréta donc que les débiteurs solidaires, la caution à l'égard du débiteur principal, et réciproquement, le débiteur

(1) Nous traiterons de ces obligations aux n°s 1155 et suivants. Voyez aussi le n° 1111.

principal à l'égard de son codébiteur, le cofidéjusseur à l'égard du cofidéjusseur, seraient tous assimilés à plusieurs *mandatores*, et que partant la litiscontestation avec l'un ne libérerait pas les autres, mais qu'ils seraient seulement libérés par la parfaite *satisfactio* du créancier.

Toutefois, comme la L. 28, C. VIII, 41, n'assimile les *correi* en général aux *mandatores* qu'à l'endroit de la litiscontestation, nous devons admettre que la différence qui distingue les *correi* des *mandatores* et autres débiteurs solidaires moins stricts, n'est pas abrogée en ce qui concerne les effets du jugement. Pour ce qui concerne ces effets, en cas de condamnation du débiteur solidaire assigné, la question doit être décidée en ce sens, que ce n'est que la *satisfactio* qui libère les codébiteurs et non la litiscontestation, ni par conséquent la condamnation prononcée contre un seul.

Mais lorsque le jugement intervenu sur la poursuite contre un débiteur est absolutoire, alors se présente la question de savoir si l'exception *rei judicatae* entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, peut être invoquée par tous les autres.

Sur ce point, non seulement la L. 28, qui ne règle que les effets de la litiscontestation en général, mais des textes précis du Digeste prouvent que la différence qui existait autrefois pour la litiscontestation existe encore lorsque le jugement est absolutoire. C'est ce qui résulte entr'autres de la L. 28, §§ 1 et 3, D. XII, 2, qui dit que le serment prêté par le débiteur principal profite, à la caution, et réciproquement que le serment de la caution porte sur la dette même. La L. 42, § 1, D. XII, 2, contient la même disposition; le § 3 dit que c'est parce que la chose jugée profite aussi à l'un et à l'autre. Or, le serment est assimilé au paiement, à la novation et à la transaction, de même que la chose jugée est d'autre part assimilée au paiement (1). Donc, pas de doute que l'exception de la chose jugée peut être invoquée par les débiteurs solidaires, et par conséquent le jugement absolutoire éteint l'obligation d'une manière absolue, c'est-à-dire à l'égard de tous les

(1) Voyez aussi la L. 2, D. XII, 2, et plus haut le nº 1026.

codébiteurs lorsque les codébiteurs sont des copromettants ou cofidéjusseurs. Mais là où la solidarité est moins stricte, dans l'obligation solidaire non corréale, le jugement absolutoire obtenu par un débiteur ne peut être invoqué par les autres. Aussi, à l'égard de plusieurs *mandatores* faut-il décider avec la L. 52, § 3, D. XLVI, 1, que le jugement absolutoire obtenu par l'un, ne profite pas aux autres (1).

1126. Ainsi, en résumé, les différences entre la caution et le mandat qualifié portent sur ces quatre points :

1° Le mandat doit précéder l'obligation principale, le cautionnement peut la précéder ou la suivre.

2° L'obligation du *mandator* est plus stricte, plus étendue que celle de la caution, parce que le *mandator* est *auctor* de l'obligation même qui est garantie.

3° Le paiement fait par le *mandator* ne libère pas le débiteur *ipso jure*, et réciproquement, tandis que celui qui est fait par la caution libère le débiteur *ipso jure*, et réciproquement.

4° Le jugement absolutoire obtenu par l'un des *mandatores* ne peut être invoqué par les autres, tandis que pareil jugement obtenu par un des fidéjusseurs peut être invoqué par les autres.

Du reste, le *mandator* a cela de commun avec le fidéjusseur, qu'il est garant de la dette d'autrui; par ce motif :

1° Il a, comme le fidéjusseur, le *beneficium ordinis seu excussionis*. Son intercession n'est donc que subsidiaire comme celle du fidéjusseur.

2° Il a le droit de se faire céder les actions, et cela d'une manière plus absolue que la caution, car il a ce droit non à titre de bénéfice, mais comme résultant directement du mandat existant entre lui et le créancier.

3° Plusieurs *mandatores* s'obligent solidairement comme plusieurs fidéjusseurs, et ils ont, les uns comme les autres, le *beneficium divisionis*.

1127. Bien qu'en général toutes les personnes capables de s'obliger pour soi, puissent aussi s'obliger pour l'obligation d'au-

(1) Un autre argument se tire de la L. 1, C. II, 4.

trui, cependant cette dernière faculté est soumise à quelques restrictions spéciales. Ces restrictions concernent :

1° Les femmes, qui sont incapables de toute intercession en général (1).

2° Les soldats, qui ne peuvent intercéder pour les adjudicataires des impôts, ni en général pour le fermier de l'État (2).

3° Les prêtres, qui ne peuvent intercéder que dans les causes publiques, et non dans les causes privées (3).

1128. Quoique en général toute obligation, y comprise l'obligation naturelle et même l'obligation entachée d'une nullité relative fondée sur l'incapacité civile, puisse être l'objet du cautionnement lorsque le cautionnement intervient dans le but d'assurer les intérêts du créancier contre cette nullité, quoique l'obligation future et l'obligation *ex delicto*, quant aux effets pécuniaires, soient susceptibles d'être cautionnées, cependant il y a quelques obligations où le cautionnement n'est pas admis, par des motifs d'ordre. C'est ainsi que l'obligation que contracte le mari, par le fait de la constitution même de la dot, de restituer celle-ci à la dissolution du mariage, lorsque la restitution doit se faire à la femme, n'est pas susceptible d'être cautionnée, car la femme ne doit pas avoir plus de confiance dans la foi d'un tiers que dans celle de son mari, *ne causa perfidiae in connubio eorum generetur*, dit la L. 2, C. V, 20.

1129. A part cette exception, l'on peut cautionner une obligation naturelle aussi bien qu'une obligation civile. Il y a plus : bien que la promesse faite par un pupille ne l'oblige pas même naturellement, cependant la caution qui intervient pour une telle promesse est obligée; car en général cette promesse est susceptible de produire une obligation à l'égard de toute personne autre que le pupille lui-même, d'obliger par conséquent celui qui constitue une hypothèque ou un cautionnement, celui qui intervient d'une manière quelconque pour une telle obligation. Elle produit aussi

(1) Voyez le n° 1134 plus bas.

(2) L. 8, § 1, C. II, 8; — L. 31, C. IV, 65.

(3) Nov. CXXIII, c. 6.

des effets tendant à libérer le pupille d'une obligation qui lui était personnelle, comme par exemple en matière de novation, mais elle ne produit pas des effets qui puissent lui nuire ou éteindre une obligation établie à son profit. C'est pourquoi le pupille qui fait novation, s'il promet à son créancier autre chose, fait une novation valable et est libéré; mais s'il stipulait de son débiteur autre chose, la novation ne serait pas valable, le débiteur du pupille ne serait pas libéré (1).

C'est par cette distinction que se concilient les différents textes où il est dit, d'un côté, soit implicitement soit explicitement, que la promesse du pupille constitue une obligation naturelle, et de l'autre côté, que le pupille n'est pas même naturellement obligé (2).

Le fidéjusseur qui intervient pour le pupille, s'oblige donc envers le créancier, mais il n'oblige pas le pupille envers lui-même en sa qualité de mandataire; en cette qualité il n'aura pas contre le pupille l'action *mandati contraria*, il n'aura que l'action *in factum* si, de tout ce qui a été fait, le pupille a été enrichi (3).

Qu'en est-il du cautionnement intervenu dans une obligation contractée par un interdit, par un prodigue ou par un furieux?

Sur ce point la L. 70, § 4, D. XLVI, 1, et la L. 25, D. *eod.*, paraissent être en opposition. Tandis que la première, se fondant sur la nullité de l'obligation principale, déclare pareille obligation non susceptible de cautionnement, la L. 25, au contraire, suppose que le cautionnement intervenu dans le même cas, est valable. Elle s'exprime ainsi : Si quelqu'un s'est cautionné pour un pupille qui a contracté sans l'autorisation du tuteur, ou pour un prodigue, ou pour un furieux, il faut admettre qu'il ne pourra pas se prévaloir de l'exception tirée de l'incapacité civile du promettant, *magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit*, parce que, dit ce texte, il n'aura pas l'action *mandati* contre l'incapable. Donc, si le furieux ou le prodigue est cautionné, la caution devra répondre de l'engagement, elle ne

(1) Voyez plus haut, les nos 1031 et 1032.

(2) L. 1, § 1, D. XLVI, 2; — LL. 44, 95, §§ 2 et 4, D. XLVI, 3; — L. 41, D. XII, 6; L. 59, D. XLVI, 3. — Comp. ce que nous avons dit aux nos 938 et suivants.

(3) L. 5, D. XXVI, 8.

pourra pas opposer d'exception au créancier, et elle n'aura pas l'action *mandati* contre l'incapable, d'où la conséquence que le contrat n'est pas nul, mais oblige la caution.

On a essayé différentes interprétations pour concilier les deux textes. Généralement on admet ce principe que la L. 70, § 4, est la règle, que par conséquent le cautionnement d'une promesse faite par un prodigue ou un furieux, est nul; et partant de là quelques-uns, parmi lesquels Pothier, disent que la L. 25 se rapporte à un cautionnement où le furieux et le prodigue sont obligés non pas *ex consensu,* mais *ex re,* c'est-à-dire non par le consentement, mais parce qu'on ne peut s'enrichir au détriment d'autrui. Mais la dernière partie du texte proteste contre cette interprétation; car s'il s'agissait d'un cas où l'incapable fût obligé *ex re,* le jurisconsulte qui dénie à la caution l'action *mandati,* aurait dû lui accorder au moins le recours en vertu de l'action *negotiorum gestorum contraria,* puisque celui qui paie pour un autre une obligation venant *ex re,* une obligation civile par conséquent, qui a pour cause l'*in rem versio,* fait certainement chose utile (1).

Il me paraît donc plus juridique de rapporter la L. 25 au cas où les parties ont eu connaissance de l'état du principal contractant, et où la caution est intervenue précisément pour assurer le créancier contre l'incapacité civile du contractant. Le furieux, dans les intervalles lucides, s'oblige au moins naturellement. Mais s'est-il trouvé dans un de ces intervalles en contractant? Le créancier doit le prouver, et cette charge de prouver fait plus ou moins péricliter sa créance, même au point de vue naturel. Une caution intervient sciemment : le cautionnement est valable, quand même le créancier ne démontrerait pas que le furieux était en contractant dans un intervalle lucide.

Il en est de même du prodigue. La caution relève le prodigue de son incapacité, non pas au détriment du prodigue ni contrairement à la loi civile, mais elle le relève à ses propres risques et périls à elle caution.

(1) L. 3, § 5, D. III, 5.

Ainsi, nous arrivons à ces résultats :

1° Le cautionnement intervenu pour un pupille qui naturellement peut consentir, est dans tous les cas valable, bien que le pupille ne soit pas obligé personnellement *ex consensu*, pas même d'une manière naturelle.

2° Le cautionnement donné pour un prodigue ou un furieux, est nul en règle générale, à moins qu'il ne soit intervenu précisément pour assurer le créancier contre l'exception que le principal contractant lui-même peut tirer de son état d'incapacité civile. D'où il résulte que bien que le cautionnement, pour qu'il soit valable, suppose une obligation principale valable, il peut cependant intervenir pour garantir le créancier contre l'exception que le principal obligé peut tirer de son incapacité civile, si telle est l'intention des parties; car, dans ce cas, la capacité naturelle au moins existe ou est censée exister en vertu du contrat même. Mais cautionner une obligation nulle pour défaut d'objet, nulle pour cause illicite, voilà ce qui est impossible; car là où il n'y a point d'obligation principale, pas même naturelle, il n'y a point de cautionnement.

1130. Le cautionnement peut avoir pour objet une obligation future, aussi bien qu'une obligation déjà existante : *Adhiberi autem fidejussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest,* dit la L. 6, § 2, D. XLVI, 1.

Cependant le cautionnement, quoique valable lorsqu'il est intervenu avant l'obligation principale, n'aura de l'effet qu'à partir de l'existence de cette obligation; et de là il suit que si la caution, pour assurer son propre cautionnement, avait constitué hypothèque, celle-ci ne prendrait rang et date qu'à partir du jour où l'obligation principale aurait été contractée. On ne pourra pas dire ici que l'obligation principale, qui est la condition du contrat d'hypothèque, étant arrivée, elle doit rétroagir et donner des effets au cautionnement et à l'hypothèque à partir du moment où ils ont été constitués, car la dette principale par rapport au cautionnement ou a l'hypothèque, n'est pas une condition proprement dite. Par condition proprement dite, dont l'effet est de rétroagir, on entend un événement accessoire, incertain et futur, d'où l'on fait

dépendre l'existence d'une obligation, dans la supposition toutefois que celle-ci puisse exister par elle-même. Or l'hypothèque, le cautionnement ne peuvent pas exister par eux-mêmes; ils ne peuvent exister que par et en vertu d'une obligation principale. Celle-ci n'est donc pas à l'égard du cautionnement et de l'hypothèque un événement accessoire; elle en est une condition essentielle. Donc il est naturel que l'hypothèque, le cautionnement n'aient des effets qu'à dater de l'existence de cette condition essentielle, qui vient seulement accomplir la validité de l'hypothèque ou du cautionnement même. Par ce motif Gaius dit, à la L. 11, D. XX, 4, que lorsque je vous ai constitué hypothèque pour une somme que vous devez me prêter dans trois mois, et qu'en attendant j'ai emprunté une somme à Pierre et que je lui ai consenti hypothèque sur le même objet, l'hypothèque de Pierre l'emporte sur la vôtre, qui n'a pu dater qu'à partir de la réalisation du prêt (obligation principale). Donc, si le cautionnement, si l'hypothèque ne sont pas nuls pour avoir été consentis avant l'obligation principale, si le cautionnement et l'hypothèque peuvent avoir pour objet une obligation future, ils n'ont d'effet pourtant qu'à partir de l'existence de l'obligation principale.

1131. Le cautionnement peut avoir pour objet une obligation *ex delicto*, lorsqu'elle est pécuniaire, aussi bien qu'une obligation ayant toute autre cause (1). Mais il faut remarquer qu'un tel cautionnement ne serait valable que s'il s'agissait d'un délit déjà consommé; par conséquent lorsqu'on cautionne un délinquant, l'obligation ne peut pas être future. Le cautionnement serait nul s'il était donné en vue de pénalités ou de réparations civiles que pourrait encourir le délinquant, car donné ainsi, il ne serait qu'un encouragement au délit. En ce sens la L. 70, § 5, D. XLVI, 1, dit : *Maleficiorum fidejussorem accipi non posse.*

Le cautionnement serait également valable s'il avait pour objet d'assurer quelqu'un contre un délit dont il serait menacé. On peut donc assurer le lésé, mais non pas le délinquant, contre les suites d'un délit futur. On peut aussi se constituer caution pour la con-

(1) L. 8, § 5; et L. 56, D. XLVI, 1.

damnation pécuniaire que doit encourir un délinquant pour délit consommé (1).

1132. Enfin le cautionnement peut avoir pour objet une obligation qui elle-même est accessoire, et dans ce cas l'obligation accessoire cautionnée est considérée à l'égard du dernier cautionnement comme obligation principale. Celui qui se cautionne pour une caution, le certificateur de caution, ne doit donc pas être considéré comme cofidéjusseur de celui qu'il a cautionné; ce dernier est débiteur principal par rapport au certificateur, donc il ne peut pas invoquer le *beneficium divisionis*, et le certificateur peut à son égard invoquer le *beneficium ordinis* ou *excussionis* (2).

Avec le fidéjusseur *succedaneus*, certificateur de caution, il ne faut pas confondre la caution que le débiteur principal donne à la caution même, afin de lui assurer le remboursement en vertu de l'action *mandati contraria;* celle-ci n'est pas caution de la caution, mais une nouvelle caution donnée par le débiteur pour une dette future, qui n'est tenue que du moment où la caution donnée au créancier aura dû payer pour lui (3).

1133. On peut se porter caution pour une obligation illiquide, tout aussi bien que pour une obligation certaine et liquide. On peut se porter caution pour toute créance qui peut être due généralement par une personne, et un tel cautionnement implique alors aussi les obligations que cette personne pourrait contracter ou avoir contractées comme caution (4).

Celui qui cautionne une dette non liquide, incertaine, est censé garantir le paiement de tout ce qui pourra être dû après l'apurement des comptes. Cela ne souffre aucun doute en ce qui concerne ceux qui se portent cautions de l'administration de la tutelle. De sorte que si le débiteur vient à mourir avant que la dette ait été liquidée, la caution ne sera pas moins tenue de ce qui sera dû après que les héritiers auront arrêté le compte avec les créanciers. Si la L. 122, § 4, D. XLV, 1, décide que la caution

(1) L. 26, D. XLVIII, 19.
(2) L. 27, §§ 2 et 4, D. XLVI, 1.
(3) L. 4, D. XLVI, 1.
(4) L. 35, D. XLVI, 1.

n'est pas tenue lorsque le débiteur est mort avant qu'il ait lui-même arrêté le compte, c'est que dans l'espèce de cette loi la caution ne s'était obligée que sous la condition expresse que le compte serait arrêté par le débiteur lui-même; cela résulte en effet clairement des mots *si conditio non exstitisset...*

1134. Nous avons vu déjà que dans le cautionnement, lorsqu'il a constitué une *fidejussio* proprement dite, le fidéjusseur ne pouvait s'engager ni à plus, ni à autre chose que le débiteur principal, ni *in deteriorem causam* en général, et cela sous peine de nullité de tout le cautionnement; tandis que dans le constitut, le *constituens* pouvait s'engager à payer autre chose ou dans un autre lieu, ou s'engager sous terme, sous condition, alors que l'obligation principale était à terme ou sous condition. Seulement, quand il s'engageait à une quantité plus considérable, le constitut était réduit à la mesure de l'obligation principale (1).

Ces règles du constitut ont prévalu dans la pratique du droit allemand, pour le cautionnement en général; aussi Mühlenbruch dit-il, en parlant de l'intercession (2), que l'on ne peut s'engager accessoirement à plus que ne comporte l'obligation principale, mais bien à moins; qu'on peut s'engager de payer un autre objet; qu'en outre l'obligation accessoire, eu égard aux modalités, c'est-à-dire au terme ou à la condition, peut être plus ou moins stricte que l'obligation principale. Comme il est facile de le remarquer, ce sont les principes du constitut qui ont reçu ici une application générale.

La jurisprudence française, Pothier et Domat, et enfin le Code qui a sanctionné leur doctrine, ont plutôt conservé au cautionnement en général le caractère purement accessoire de la *fidejussio*, moins cependant la rigueur du droit strict qui, au cas où la fidéjussion s'écartait de ce caractère purement accessoire, prononçait la nullité. D'après cela, le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses; mais s'il excède la dette principale, s'il est

(1) Voyez plus haut le n° 1122.

(2) MUHLENBRUCH, *Doctr. Pand.*, § 486.

contracté sous des conditions plus onéreuses, il n'est point nul, mais seulement réductible à la mesure de l'obligation principale (1).

Il résulte cependant de la comparaison de l'art. 2040 du Code civil avec l'article 2013, que la caution peut se soumettre à la contrainte par corps, alors même que le débiteur principal n'y serait pas soumis. La caution donnée en exécution d'un jugement, doit même être contraignable par corps, d'après l'art. 2040.

1135. En règle générale, et lorsque les parties ne sont point convenues du contraire, lorsqu'elles n'ont point limité le cautionnement à une somme ou quantité moindre que celle de l'obligation principale, l'obligation de la caution est aussi étendue que celle du débiteur. Par conséquent elle répond aussi des dommages-intérêts, et de tout ce qui est un accessoire de l'obligation principale. Toutefois, en droit romain cette règle ne s'applique pas sans réserve aux obligations *stricti juris;* car ces obligations ne sont pas susceptibles d'être majorées par des intérêts moratoires, et l'on y distingue, quand il s'agit de l'étendue du cautionnement, ce qui est dû *vi stipulationis,* de ce qui est dû *ex officio judicis.*

Il faut donc considérer successivement les obligations *bonae fidei* et celles qui sont *stricti juris,* sans quoi on ne verrait que de la contradiction dans les textes qui touchent à cette question.

Lorsque je me porte caution dans une obligation *bonae fidei* et que je ne restreigne pas mon cautionnement, que je me porte caution *in omnem causam,* je suis tenu du principal et des dommages-intérêts, tant des intérêts conventionnels que des intérêts moratoires.

Un fermier prend en location une terre; je me porte caution pour lui, sans restreindre mon cautionnement à une certaine somme ou à une partie des obligations du fermier, comme par exemple, à l'obligation de payer le fermage; je me porte donc caution *in omnem causam,* je suis tenu non seulement du prix du fermage, mais encore du chef des dégradations, de la perte des meubles et instruments qui ont garni la ferme, et que la L. 52, § 2, D. XLV, 1, appelle *dos praediorum,* parce que les

(1) Art. 2013 du Code civil.

instruments sont à la ferme, ce que la dot est au mariage : — je serai tenu aussi des intérêts moratoires du fermage, si le fermier a été constitué en demeure (1).

Mais si je me constitue caution pour une certaine somme, par exemple à concurrence de 1000 seulement, je ne dois que les 1000, je ne devrai point les intérêts moratoires à concurrence de 1000. Je me constitue caution, dit la L. 68, § 1, D. XLVI, 1, pour Aurélius, fermier de l'État, à concurrence de 1000; le fisc vend les biens d'Aurélius, et n'ayant pas été satisfait du prix, il assigne la caution; celle-ci se défend, disant qu'elle n'a cautionné qu'à concurrence de 1000 : de là la question de savoir : 1° si la caution est tenue aussi des intérêts moratoires à concurrence de 1000; — 2° si le prix des biens vendus par le fisc doit s'imputer d'abord sur le capital ou sur les intérêts moratoires.

La L. 68, § 1, répond : 1° La caution n'est tenue que de 1000; — 2° le prix des biens vendus doit s'imputer d'abord sur les intérêts et non sur le capital, à l'exemple de l'imputation qui se fait par le créancier hypothécaire, qui a le droit d'imputer aussi le prix d'abord sur les intérêts et ensuite sur le capital, de sorte que si ce prix n'a éteint que les intérêts, la caution doit toujours le capital (2).

De même que celui qui cautionne *in omnem causam,* sans restriction, une obligation née d'un contrat de bonne foi, est tenu et des intérêts moratoires et en général de tous les accessoires de l'obligation, de même celui qui cautionne la promesse que fait le tuteur : *pupilli rem salvam fore,* est tenu de toutes les obligations que le pupille pourra poursuivre par l'action *tutelae* qui a pour objet un incertain et qui est *bonae fidei* (3).

Pareillement, celui qui se porte caution pour l'héritier, afin d'assurer aux légataires à terme ou à condition l'acquittement de leurs legs, est tenu non seulement des legs, mais aussi des dommages et intérêts moratoires, car cette stipulation est prétorienne; comme la précédente, elle reçoit son interprétation non pas selon la lettre, mais *ex mente praetoris;* elle est assimilée au contrat de

(1) L. 54, D. XIX, 1.
(2) L. 35, D. XIII, 7; — L. 73, D. XLVI, 3; — L. 96, § 3, et L. 97, D. *eod.*
(3) LL. 9, 10, 11, D. XLVI, 6.

bonne foi (1). Du reste, elle est conçue dans une forme qui à elle seule donnerait au cautionnement cette extension, car ce fidéjusseur ne cautionne pas ce que l'héritier doit au légataire, mais il cautionne *in terminis* ce qu'il devra, *quae oportebit,* dit la L. 1, § 13, D. XXXVI, 3. En conséquence de cette formule, si de deux héritiers l'un a donné caution au légataire, et que par la répudiation ou le décès du cohéritier avant son acceptation, l'héritier qui a donné caution, reste seul héritier, par conséquent seul chargé du paiement des dettes, la caution sera obligée aussi à raison de la totalité des dettes. Celui qui cautionne un cohéritier, cautionne un *incertum,* l'acceptation de l'hérédité est un événement indivisible, elle ne saurait avoir lieu par partie, être restreinte à une quotité, car, *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.* La caution qui intervient pour un héritier, étend éventuellement sa garantie à tous les legs qui peuvent grever la succession (2).

1136. Quand il s'agit d'obligations *stricti juris,* comme ces obligations, un seul cas excepté, ne sont susceptibles d'accroissement qu'en vertu de la stipulation même des parties, lorsque celles-ci ont fait une stipulation pénale qui fixe souvent à l'avance entre parties le montant des intérêts moratoires, il s'ensuit qu'il ne saurait y être question d'intérêts moratoires arbitrés par le juge. Dans ces obligations on n'est tenu littéralement que de ce qu'on a promis, sans que l'*arbitrium* du juge puisse rien y changer (3); un seul cas est excepté, c'est celui où l'on a promis de payer dans un lieu déterminé : s'il n'eût pas été permis d'assigner le débiteur en un autre lieu, il serait arrivé, comme le dit la L. 1, D. XIII, 4, que le créancier n'aurait obtenu aucune satisfaction, au cas où son débiteur aurait été récalcitrant, car dans l'ancienne procédure les assignations se donnaient verbalement en personne. C'est pourquoi le Préteur introduisit l'action *arbitraria de eo quod certo loco,* par laquelle le stipulant pouvait assigner le débiteur en un autre lieu, sans perdre son droit; car, rigoureusement, dans l'ancien droit civil, on faisait une *pluris petitio* quand on l'assignait *alio*

(1) L. 52, D. XLV, 1.
(2) L. 17, D. XXXVI, 3.
(3) L. 31, D. XXII, 1.

loco, et par conséquent le demandeur tombait hors de cause. Mais le Préteur, pour que l'obligation eût sa sanction, permettait d'assigner *alio loco*, et l'action *stricti juris* prenait alors le nom d'*actio arbitraria;* car quoique la demande fût fondée sur le *strictum jus*, sur la stipulation, le juge pouvait et devait même avoir égard, dans la condamnation, à ce que la chose, à l'endroit où elle était demandée, valait plus ou moins qu'à l'endroit où d'après la stipulation elle aurait dû être payée (1). Donc il y avait exceptionnellement lieu à un *arbitrium*. Par conséquent, si j'avais promis 1000 à Capoue, et que je fusse condamné à Rome, 1050 y valant autant que 1000 à Capoue, le juge usant de l'*arbitrium* me condamnerait à 1050.

De là est née la question de savoir si la caution aussi est tenue d'un pareil accroissement de l'obligation, le seul accroissement dont l'obligation *stricti juris* soit susceptible en vertu de l'*arbitrium*. A la L. 8, D. XIII, 4, cette question est décidée négativement. La *mora* du débiteur, dit ce texte, ou son défaut d'avoir payé à Capoue, ne doit pas augmenter l'obligation de la caution, car il y a une grande différence entre la majoration du chef de la plus-value à Capoue, et les intérêts moratoires qui auraient pu être stipulés : ces intérêts seraient dûs en vertu de la stipulation, la majoration l'est en vertu de l'*arbitrium judicis*. Il résulte donc de ce texte et de ce qui précède, que lorsqu'une obligation *stricti juris* est cautionnée :

1° Il ne saurait être question d'intérêts moratoires arbitrés par le juge, car l'obligation *stricti juris*, sauf une exception, n'est pas susceptible d'un pareil accroissement.

2° En général, la caution n'est tenue que des augmentations conventionnelles de l'obligation principale, si elle a cautionné *in totam causam* (clause pénale), et par conséquent elle n'est pas tenue non plus de la majoration dont l'obligation principale pourrait être susceptible en vertu de l'action *arbitraria de eo quod certo loco*, car elle est fondée non sur la stipulation, mais sur l'*arbitrium*, d'où la L. 10, D. XIII, 4, tire encore cette conséquence, que si dans le cas supposé le débiteur avait payé 1000 à Rome,

(1) Comparez ce que nous avons dit plus haut, au n° 309.

le demandeur qui les aurait acceptés, n'aurait plus d'action pour les 50, car les 50 ne sont pas dûs par la stipulation; et comme par le paiement des 1000 il n'y a plus de dette principale, il n'y a aussi plus aucun fondement à l'action. Il en serait autrement si les 50 avaient été stipulés à l'avance pour dommages-intérêts au cas où les 1000 ne seraient pas payés à Capoue.

Ainsi, en résumé, quant à l'extension dont l'obligation principale est susceptible du chef de dommages-intérêts résultant de la faute et de la *mora* du débiteur :

1° Dans les obligations *bonae fidei,* la caution en est tenue lorsqu'elle n'a pas restreint son cautionnement, c'est-à-dire lorsqu'elle a cautionné *in omnem causam.*

2° Dans les obligations *stricti juris,* la caution même qui a cautionné *in omnem causam,* n'est tenue que de l'augmentation que reçoit l'obligation en vertu de la convention même des parties, de la stipulation, et non pas de l'augmentation *ex arbitrio judicis, arbitrium* qui d'ailleurs, excepté le cas où il y a *certus locus,* est étranger aux obligations de droit strict.

1137. Que faut-il décider quant aux risques et périls, qui sont aussi une suite de la demeure, laquelle, comme disent nos textes, a pour effet de perpétuer l'obligation ?

Si après la mise en demeure, à défaut de pouvoir livrer la chose, le débiteur doit l'estimation, il est évident qu'il ne s'agit pas ici d'augmentation de l'obligation principale; par conséquent la caution, dans toute espèce d'obligation, est responsable de cet effet de la demeure; car celui qui ne garantirait pas l'estimation lorsqu'il se porte caution pour le paiement d'une *species,* ne donnerait qu'une garantie illusoire. C'est bien cette perpétuation de l'obligation que la L. 24, §1, D. XXII, 1, a en vue, lorsqu'elle dit : *cum reus moram facit et fidejussor tenetur;* car, eu égard à l'augmentation dont l'obligation *stricti juris* serait susceptible en vertu de l'action *arbitraria,* la L. 8, D. XIII, 4, dit que la demeure du débiteur n'augmente pas l'obligation de la caution.

1138. Relativement aux droits de la caution et aux exceptions dont elle peut se servir, il faut distinguer deux espèces d'exceptions, bien différentes :

La première catégorie est celle des exceptions établies en faveur de la caution, soit par la convention, soit par la loi ou l'équité, exceptions qui n'ont rien de commun avec celles qui peuvent compéter au débiteur principal.

Dans cette première catégorie se placent l'*exceptio excussionis, seu ordinis*, l'*exceptio divisionis* s'il y a plusieurs cofidéjusseurs, l'*exceptio cedendarum actionum*, celle du pacte *de non petendo*, lorsque le créancier a pactisé avec la caution (1), et l'*exceptio temporis*, lorsque la caution ne s'est obligée que jusqu'à une certaine époque.

Nous en traiterons plus loin en détail.

1139. La seconde catégorie est celle des exceptions qui compètent au débiteur principal.

Quoique en vertu du principe : *Inter alios acta aliis nec nocent nec prosunt*, les exceptions aient en général un caractère personnel, cependant, en règle générale, la caution peut et doit même faire valoir contre le créancier les exceptions qui compèteraient au débiteur principal; car l'action que le créancier intente contre la caution, se réfléchit en vertu de l'action *mandati contraria* contre le débiteur lui-même, de sorte que le débiteur principal ne profiterait pas de ces exceptions, si elles ne pouvaient être opposées par la caution. Il y a plus : la caution est responsable envers le débiteur principal si elle a négligé de faire valoir une exception qu'elle savait compéter au débiteur, car elle commet une faute grave. La caution doit opposer au créancier les exceptions *doli, quod metus, pacti de non petendo, in rem*, l'exception de la compensation, l'exception *rei judicatae*, celle du compromis, du serment, de la prescription, du sénatusconsulte Velléien ou Macédonien, toutes exceptions que la L. 7, § 1, D. XLIV, 1, appelle par ce motif *exceptiones rei cohoerentes*, en ce sens qu'elles compètent à la caution non par leur nature, mais parce que le débiteur principal peut les opposer (2).

(1) L. 23, D. II, 14.

(2) On peut ajouter le bénéfice de discussion, car il compète aussi aux débiteurs principaux (Nov. XCIX); d'où il suit que les cautions de deux débiteurs solidaires peuvent invoquer le bénéfice de divison. Le § 2 de la L. 51, D. XLVI, 1, se rapporte à l'ancien droit introduit par Adrien.

Quelques auteurs exceptent la prescription parce que, disent-ils, l'action intentée contre la caution est une autre action que celle qui est dirigée contre le débiteur principal : l'une peut être prescrite, l'autre peut ne pas l'être. Mais cet argument prouve trop, car toutes les autres exceptions pourraient être déniées à la caution par la même raison.

1140. Comme la caution peut opposer au créancier les exceptions compétant au débiteur principal, par le motif qu'au moyen de l'action *mandati* l'action dirigée contre la caution atteindrait le débiteur lui-même, il s'ensuit naturellement que la caution ne peut pas recourir aux exceptions qui compètent au débiteur, toutes les fois que l'action dirigée contre la caution ne réfléchit point contre le débiteur principal. Par conséquent :

1° La caution intervenue *donandi animo* ne peut pas invoquer les exceptions qui compètent au débiteur principal (1).

2° La caution qui intervient pour un pupille, un furieux ou un prodigue, ne peut pas opposer l'exception que le pupille, l'incapable, tire de son incapacité civile, car la caution n'a pas de recours contre l'incapable; celui-ci, lors même qu'il aurait donné un consentement naturel (dont le pupille, à moins qu'il ne soit *infans*, est toujours présumé capable), ne saurait s'obliger personnellement, ni civilement, ni naturellement, ni envers le créancier, ni envers la caution, sans l'assistance du tuteur ou du curateur. La caution ne peut pas opposer l'exception tirée de l'incapacité, dit la L. 25, D. XLVI, 1 : *Quoniam his mandati actio non competit,* parce qu'elle n'a pas de recours.

3° Un autre cas dans lequel la caution ne peut pas invoquer les exceptions qui compètent au débiteur principal, est celui où l'exception est établie uniquement par considération de la personne du débiteur, et constitue un privilége personnel, tel que le *beneficium competentiae,* qui est accordé aux associés entre eux, aux débiteurs qui ont été admis à la cession de biens, au mari à l'égard de sa femme. Le fidéjusseur qui a cautionné le débiteur malheureux qui a failli, l'associé, ou celui qui après la dissolution du mariage

(1) L. 32, D. II, 14; — L. 9, § 3, D. XIV, 6.

a cautionné le mari (car pendant le mariage le cautionnement serait nul) ne peut pas invoquer le *beneficium competentiae* (1).

Quant à l'exception du pacte *de non petendo*, lorsqu'il est intervenu entre le créancier et le débiteur principal, mais qu'il a été circonscrit à la personne du débiteur, ce pacte en soi ne saurait être invoqué par la caution, puisqu'il ne peut même l'être par les héritiers du débiteur principal (2). Mais au moyen du *beneficium ordinis* ou *excussionis* introduit par Justinien, ce pacte profitera cependant à la caution, car celle-ci, si elle est attaquée, renverra la caution discuter les biens du débiteur, qui dès lors lui opposera le pacte.

1141. Avant Justinien le créancier pouvait à son choix poursuivre la caution ou le débiteur principal, à moins qu'il n'eût été expressément stipulé que la caution ne serait poursuivie que subsidiairement (*fidejussor indemnitatis*). L'introduction du *beneficium ordinis* ou *excussionis* par la Nov. IV, a transformé en une disposition de droit commun le caractère subsidiaire que la convention seule pouvait auparavant donner à la fidéjussion, car au moyen de ce bénéfice, la caution assignée par le créancier a pu le renvoyer à la discussion préalable des biens du débiteur.

Le *beneficium ordinis* ayant le caractère d'une exception dilatoire, puisque après les poursuites dirigées contre le débiteur, celles qui ont été intentées contre la caution peuvent être reprises, il s'ensuit que généralement cette exception doit être opposée, non pas avant les défenses qui concernent le cautionnement même, mais avant les défenses qui concernent la dette principale. S'il en était autrement, le créancier pourrait être exposé à trop de frais et de délais. De plus, si une première fois déjà la caution avait opposé au créancier le *beneficium excussionis*, que les biens du débiteur eussent été discutés sans que le créancier eût été entièrement satisfait, et que l'action eût été reprise contre la caution; si, durant cette seconde instance la fortune du débiteur venait à se rétablir, la caution ne pourrait plus une seconde fois, en excipant

(1) L. 7 pr., D. XLIV, 1; — § 4, Inst. IV, 14.

(2) Comparez plus haut les nos 1019 et suivants.

du *beneficium ordinis*, renvoyer le créancier au débiteur principal. Mais si la fortune du débiteur avait été rétablie entre une première discussion et avant la reprise de l'instance contre la caution, celle-ci pourrait encore exciper avant de contester au fond, puisqu'il serait toujours vrai de dire que les biens du débiteur n'auraient pas été discutés (1).

1142. Le *beneficium ordinis* ou *excussionis* est subordonné aux conditions suivantes :

1° Il faut que le débiteur soit présent ou ait au moins laissé un *procurator* qui le représente (2). Cependant si le créancier oppose l'absence du débiteur à la caution, celle-ci pourra obtenir un délai afin de rechercher le débiteur (3).

2° Il faut que le débiteur ne soit pas notoirement insolvable, comme il arriverait par exemple s'il avait fait cession de biens. Si le débiteur était tombé en déconfiture, la caution ne pourrait pas renvoyer le créancier à discuter la masse, car la caution ne répond pas seulement de l'obligation en soi, elle assure aussi que le paiement aura lieu dans les termes convenus; or la faillite entraîne des délais nécessaires. C'est pourquoi les auteurs enseignent que pour que le bénéfice d'ordre ait lieu, il faut que le débiteur principal puisse être poursuivi avec la même facilité et le même résultat que la caution.

3° L'exception n'est pas recevable lorsque la caution y a renoncé. Elle est censée l'avoir fait tacitement, lorsqu'elle s'est obligée en même temps comme débiteur solidaire, car l'exception *ordinis* ne se conçoit pas entre débiteurs qui sont principalement obligés.

1143. Si la caution, devenue créancière du créancier auprès duquel elle est intervenue, actionne ce créancier, et que celui-ci oppose la compensation, la caution ne pourra pas répliquer par le *beneficium ordinis;* car d'abord ce bénéfice n'éteint aucunement l'obligation de la caution et ne la rend pas non plus condition-

(1) Comp. Voet *ad Pand.*, XLVI, 1, n. 15.
(2) L. 21, §§ 2 et 3, et L. 22, D. IV, 6.
(3) Nov. IV, c. 1.

nelle; en effet si la caution paie sans opposer le bénéfice, elle ne pourra pas répéter le paiement par la *condictio indebiti;* elle ressemble au débiteur qui avait une exception dilatoire, qui avait un terme, et qui a payé avant terme. De plus, ce bénéfice est de stricte interprétation; la Novelle ne l'accorde qu'aux cautions assignées avant que les biens du débiteur principal aient été discutés; or, dans notre espèce, ce n'est pas le créancier qui assigne la caution, c'est celle-ci qui assigne le créancier. Ce dernier, dans notre hypothèse, ne fait que se défendre par voie de rétention, et toujours les lois sont plus favorables à celui qui se défend qu'à celui qui agit.

1144. Le *beneficium excussionis* est un moyen que l'équité a fait introduire pour alléger la position de la caution vis-à-vis du débiteur principal, sans que le créancier soit réellement lésé dans ses droits. Le *beneficium divisionis* tend à partager d'une manière égale la charge qui incombe à plusieurs cautions d'un même débiteur qui en intervenant, se sont obligées solidairement.

Quels sont les effets, quelle est l'étendue du *beneficium divisionis?* — Ce bénéfice est-il réservé seulement aux cofidéjusseurs, ou bien d'autres débiteurs solidaires peuvent-ils l'invoquer aussi? — Ce sont là toutes questions que fait naître la Nov. XCIX, et dont la solution ne peut résulter que de la comparaison de cette Novelle avec un rescrit d'Adrien et même avec la loi Furia, *de sponsis;* car c'est dans ces lois que la Novelle trouve ses précédents historiques.

D'après la loi Furia, l'obligation de plusieurs *sponsores* ou *fidepromissores* se divisait en autant de parts qu'il y avait de *sponsores* solvables au moment de l'échéance. La division avait lieu de plein droit; si bien que celui des *sponsores* qui avait payé au-delà de sa part virile, pouvait répéter cet excédant. Cette loi n'était en vigueur que dans l'Italie. Dans les provinces, chaque caution devait payer le tout; mais en vertu de la *Lex Apuleia,* elle avait un recours contre les autres cautions (1).

Sous Adrien, un bénéfice d'une nature analogue fut introduit

(1) Gaius, *Comm.* III, § 121, et IV, § 22.

en faveur des cofidéjusseurs en général, bénéfice qui différait cependant en plusieurs points de celui qu'avait établi la loi Furia en faveur des *sponsores* ou *fidepromissores*.

1° D'après la loi Furia, la division se faisait de plein droit et le *sponsor* qui avait payé le tout, avait un droit de réduction. D'après Adrien, la division ne s'obtenait que par forme d'exception, elle ne pouvait être invoquée que par rapport aux cofidéjusseurs solvables et présents au moment de la litiscontestation. De plus, le fidéjusseur qui avait omis l'exception de division et qui avait payé le tout, n'avait pas de répétition contre le créancier, il ne pouvait pas non plus exercer de recours contre ses cofidéjusseurs, s'il ne s'était fait céder les actions (1).

Ce bénéfice d'Adrien, ainsi que le rapporte Justinien à la L. 3, C. IV, 18, a été étendu à plusieurs *mandatores*, et à ceux qui s'étaient constitués pour la dette d'autrui; et déjà auparavant, à ce qu'il paraît, il avait été accordé aussi à plusieurs tuteurs ou administrateurs solidairement obligés (2), tuteurs et administrateurs qui pouvaient en outre exercer leur recours contre les cotuteurs (3).

Suivant le rescrit d'Adrien, la caution qui avait invoqué le *beneficium divisionis* ne répondait plus de l'insolvabilité de ses coobligés. Cette insolvabilité, lorsqu'elle était survenue après la litiscontestation, devait donc être supportée par le créancier, car avant la L. 28, C. VIII, 41, la litiscontestation avait pour effet d'opérer novation; ainsi, lorsque le bénéfice de division avait été invoqué et admis, la dette, de solidaire qu'elle était, se trouvait convertie en dette *pro parte*, et divisée entre tous les cofidéjusseurs présents dont la solvabilité était démontrée (4). Mais par la L. 28, C. VIII, 41, cet effet de la litiscontestation fut aboli, et à l'égard des fidéjusseurs, des *mandatores* et de tous débiteurs solidaires, fut établie la règle que la litiscontestation avec l'un ne libérait par les autres, que le paiement, la satisfaction seule les libérait.

(1) Comp. Gaius, *Comm.* III, § 121-123; et IV, § 24. — LL. 26, 27, 28, 39, D. XLVI, 1; — L. 11, C. VIII, 41.

(2) L. 7, D. XXVII, 8; — L. 1, §§ 11, 13, D. XXVII, 3.

(3) L. 30, D. III, 5.

(4) L. 51, § 4; et L. 52, § 1, D. XLVI, 1.

Tel était l'état de la législation avant la Novelle XCIX.

1145. Par cette Novelle Justinien n'a-t-il voulu qu'étendre à d'autres débiteurs solidaires le bénéfice introduit par Adrien au profit des cofidéjusseurs? Ou bien a-t-il voulu aussi poser ce bénéfice sur des bases nouvelles et abolir les dispositions précédentes?

Un des auteurs qui ont le plus récemment écrit sur cette matière, De Schroeter (1), a prétendu que Justinien avait introduit un bénéfice nouveau; il en conclut, entre autres, que comme le bénéfice de division est fondé sur l'équité et touche au fond, celui qui a négligé d'y recourir, par erreur, a la *condictio indebiti* contre le créancier. En effet, s'il était permis de faire abstraction du rescrit d'Adrien, il faudrait admettre cette conséquence, conforme d'ailleurs aux principes généraux du droit. Mais je ne pense pas que Justinien ait voulu établir le bénéfice de division sur des bases nouvelles; cela ne résulte de la Novelle XCIX, ni implicitement ni explicitement. L'opinion commune des auteurs doit encore prévaloir. En général il faut donc, quant aux conditions requises pour invoquer ce bénéfice et quant à ses effets, s'en rapporter aux dispositions que nous avons rapportées plus haut.

Reste la question de savoir à quels débiteurs solidaires Justinien a voulu étendre le bénéfice qu'Adrien avait accordé aux cofidéjusseurs.

Les uns prétendent que le bénéfice de division n'a été étendu par Justinien qu'à plusieurs cautions d'un même débiteur, qui en même temps se seraient portées cautions les unes des autres et à qui l'ancien droit n'avait pas accordé le *beneficium ordinis* (2). On se fonde sur les mots : *Si quis alterna fidejussione obligatos sumat aliquos.* Mais nous répondrons avec Cujas que par ces mots on a désigné en général aussi les débiteurs principaux solidaires; car en effet ils répondent les uns pour les autres; de sorte que d'après cela le bénéfice de division s'étend aussi aux débiteurs principaux solidaires.

Mais ici il y a encore diversité d'opinion sur la question de sa-

(1) *Zeitschrift für Civilrechts und Process.*, VI.

(2) L. 11, D. XLV, 2.

voir s'il s'étend à tous les débiteurs solidaires. Généralement on s'accorde à ne pas l'étendre à la solidarité résultant d'un délit; en effet, ni les termes ni l'esprit de la Novelle ne sauraient justifier une telle extension. Selon les termes, il faudrait restreindre le bénéfice à la solidarité qui résulte de la convention; mais cependant, selon son esprit, je crois avec plusieurs auteurs, qu'il faut l'étendre aussi à la solidarité résultant du testament; de sorte que d'après la Nov. XCIX, le bénéfice de division est une exception moyennant laquelle le fidéjusseur qui a des cofidéjusseurs, et en général tout débiteur solidaire, excepté le cas de solidarité résultant d'un délit, peut demander que le créancier divise son action contre les codébiteurs présents et solvables.

L'omission de cette exception, alors même qu'elle serait le résultat de l'erreur, ne donne pas lieu à la condiction *indebiti*, suivant les dispositions précitées du rescrit d'Adrien. Mais comme l'exception de division n'a pas un effet dilatoire, que par rapport au débiteur elle tend à diminuer la dette, elle pourra, comme toute exception qui touche au fond de la demande, être opposée en tout état de cause, jusqu'à ce que le jugement soit passé en force de chose jugée. De plus, l'instance engagée avec les codébiteurs ou cofidéjusseurs présents, ne libère pas ceux-ci si durant cette instance il y en a qui deviennent insolvables. En vertu de la L. 28, C. VIII, 41, la litiscontestation ne saurait avoir des effets nuisibles au créancier.

Le Code civil a consacré l'opinion des interprètes qui ont restreint le bénéfice de division aux cautions (1).

Remarquons que d'après le Code et d'après l'opinion des interprètes du droit romain qui n'ont pas combiné le rescrit d'Adrien avec la L. 28, C. VIII, 41, l'insolvabilité du cofidéjusseur qui survient après la litiscontestation, demeure aux risques du créancier, de sorte que la litiscontestation peut quelquefois avoir un effet préjudiciable au créancier.

1146. Pour qu'il y ait lieu au bénéfice de division, il importe peu que les cofidéjusseurs se soient obligés en même temps ou à

(1) Art. 1203 et 2026.

des époques différentes; il importe peu aussi que l'un se soit obligé purement et simplement et l'autre à terme ou sous condition; la loi ne fait pas de distinction; la caution obligée purement et simplement pourra donc toujours invoquer le bénéfice. Mais si la condition sous laquelle le cofidéjusseur est obligé, fait défaut, elle devra suppléer la part que ce dernier eût payée si la condition était arrivée, et il en sera de même si à l'arrivée du terme ou de la condition le cofidéjusseur à terme ou sous condition est devenu insolvable. Ce sont là des conséquences de la L. 28, C. VIII, 41, en vertu de laquelle la litiscontestation ne saurait libérer le débiteur, ni en général nuire au créancier (1).

1147. Les jurisconsultes qui pensent que la Nov. XCIX n'a pas accordé généralement le bénéfice de division aux débiteurs solidaires, et qui restreignent ce bénéfice au cautionnement simple ou mutuel, enseignent qu'il ne suffit pas que les fidéjusseurs se soient cautionnés pour la même dette, pour qu'ils puissent invoquer le bénéfice de division; selon eux il faut encore qu'ils se soient cautionnés pour le même débiteur. Ainsi, lorsqu'il y a deux débiteurs solidaires qui ont chacun donné caution, la caution de l'une ne pourrait pas invoquer la division à l'égard de la caution de l'autre (2).

Mais comme nous avons admis que les débiteurs solidaires peuvent invoquer le bénéfice de division, il s'ensuit que la caution de chaque codébiteur pourra aussi invoquer ce bénéfice, parce qu'il est fondé sur l'équité, parce que les codébiteurs sont intéressés à ce que la caution puisse s'en servir et que par conséquent l'exception est *in rem*.

1148. Le certificateur de caution ne peut pas invoquer la division entre lui et la caution, de même que la caution ne peut l'invoquer entre elle et le débiteur principal. Mais plusieurs certificateurs peuvent l'invoquer entre eux (3). Lorsque de plusieurs cautions l'une a un certificateur, et que pour établir la part due par chaque cofidéjusseur, l'on discute la solvabilité de la caution

(1) DURANTON, XVIII, n. 346, émet une opinion contraire.

(2) Voyez VOET *ad Pand.*, XLVI, 1, n. 22; — DURANTON, X, n. 186.

(3) L. 27, § 4, D. XLVI, 1.

certifiée, cette caution est réputée solvable lorsque le certificateur l'est (1). Par conséquent, si de trois cofidéjusseurs l'un est insolvable mais que son certificateur soit solvable, le cofidéjusseur assigné pourra se libérer en payant ou en offrant de payer un tiers.

1149. Celui qui a pour cofidéjusseur un mineur restitué en entier peut, même après que la restitution a libéré le mineur, invoquer le bénéfice de division si le mineur est intervenu en même temps que lui, car comme le mineur est en principe capable de s'engager, son cofidéjusseur a pu compter sur la division lorsqu'il s'est porté caution.

Mais si le cofidéjusseur majeur était primitivement seul obligé, il ne pourra pas, alors que le mineur qui est intervenu après lui a obtenu la restitution, invoquer la division, à moins, dit la L. 48, § 1, D. XLVI, 1, que le créancier n'ait eu recours au dol pour faire accéder le mineur au cautionnement, car en ce cas l'acte est considéré comme valable au préjudice de celui qui a pratiqué le dol. Donc le cofidéjusseur d'un mineur restitué pourra dans deux cas invoquer la division, tout comme si le mineur n'avait pas été restitué :

1° Au cas où le cofidéjusseur mineur s'est obligé en même temps que le majeur.

2° Au cas où le créancier a usé de dol pour obtenir le cautionnement du mineur, car dans ce cas le cautionnement tourne contre le créancier.

1150. Un troisième privilége de la caution et qui en même temps compète à tout débiteur solidaire, qui de plus compète à la caution tant à l'égard du débiteur qu'à l'égard des cofidéjusseurs, est le bénéfice *cedendarum actionum*.

Le tiers qui sans être obligé, veut payer la dette d'autrui, peut bien forcer le créancier à accepter le paiement, ou du moins il peut éteindre sa créance et libérer le débiteur en faisant suivre les offres valables de la consignation judiciaire; mais le tiers non

(1) C'est de cette hypothèse résolue au § 2 de la L. 27, que le § 1 dit : *Si fidejussor fidejussori exstiterit*, et le § 1, ainsi rapporté au § 2, n'est point contraire au § 4 de la même loi.

obligé ne peut pas forcer le créancier à lui faire cession d'action; ce droit est un véritable privilége qui n'appartient qu'à ceux qui sont obligés de payer la dette d'autrui, c'est-à-dire aux cautions et aux codébiteurs solidaires (1). Ils obtiennent cette cession du créancier au moyen de l'exception *doli*, car la cession est fondée sur ce que l'équité exige que le créancier ne refuse pas la cession à celui qu'il actionne, attendu que ce dernier y a un intérêt, tandis que le créancier ne peut rien y perdre. La cession est donc fondée sur ce principe : *Quod tibi non nocet, alteri prodest, facile concedendum*. En effet, dès que le créancier qui réclame le paiement est satisfait, il ne peut plus avoir d'intérêt à refuser la cession, car dans ses mains la créance s'éteindrait par la satisfaction même. C'est pour ce motif aussi que la cession d'action doit être demandée avant le paiement. Si le paiement se faisait avant la demande, il rendrait à l'égard de la caution la cession juridiquement impossible, car il aurait éteint la créance.

La cession ne peut pas non plus s'obtenir pour une partie; ainsi elle ne pourrait pas être demandée par le cofidéjusseur à concurrence de ce que le paiement par lui offert excéderait sa quote-part de la dette, car si le paiement n'était pas offert en entier le créancier ne serait pas désintéressé. Mais si le créancier avait fait remise de leur engagement à un ou plusieurs cofidéjusseurs, le fidéjusseur même qui aurait renoncé au *beneficium divisionis* pourrait obtenir la cession de l'action pour la part des cofidéjusseurs encore obligés, s'il offrait de payer cette part avec la sienne.

Remarquez que la cession de l'action se fait toujours déduction faite de la part que le cessionnaire eût dû payer s'il avait opposé le *beneficium divisionis*, car s'il en était autrement le dernier assigné paierait toute la dette, ce qui serait contraire à l'équité qui a fait introduire le bénéfice (2). De plus, les autres fidéjusseurs conservent envers le fidéjusseur devenu cessionnaire de l'action, les exceptions qu'ils avaient contre le créancier cédant et par conséquent aussi le bénéfice d'ordre et de division.

(1) L. 5, C. VIII, 43.
(2) Voyez MUHLENBRUCH, *Traité de la Cession*, p. 413, n. 377.

Si pourtant ils avaient renoncé à ces bénéfices, celui qui serait assigné en second lieu, après avoir payé et s'être fait céder l'action, devrait agir contre le troisième, encore déduction faite de sa part, et si ce troisième était insolvable, la perte serait supportée par le premier aussi bien que par le second, de sorte que le premier aurait à restituer un sixième au second (1).

1151. La cession d'action se distingue par trois effets principaux :

1° Elle donne un recours à celui qui s'est porté caution malgré le débiteur principal, car celui-là n'aurait ni l'action *mandati*, ni l'action *negotiorum gestorum*.

2° Elle donne à celui du cofidéjusseur qui ne veut pas se servir du bénéfice de division, un recours contre ses cofidéjusseurs.

3° Enfin le bénéfice *cedendarum actionum* est utile à la caution, alors même qu'elle aurait son recours contre le débiteur principal et contre les cofidéjusseurs. En effet, en vertu de ce bénéfice la caution peut se faire céder par le créancier, non seulement l'action principale, mais aussi l'action hypothécaire, à moins cependant que la chose hypothéquée ne soit grevée encore pour une autre créance, auquel cas la cession de l'action hypothécaire ne saurait être obtenue qu'à la charge de payer toutes les créances pour lesquelles la chose est hypothéquée (2).

Nous avons vu plus haut que la caution ne peut obtenir la cession d'action que lorsqu'elle l'a demandée avant le paiement, tandis que le *mandator* peut demander cette cession même après le paiement effectué par lui, et que cette différence résulte de ce que le paiement fait par la caution, éteint l'obligation *ipso jure*, tandis que celui fait par le *mandator* ne libère pas le débiteur (3). Si la caution veut empêcher que le paiement qu'elle fait, n'éteigne l'obligation, il faut qu'elle donne à ce paiement la couleur d'un paiement fait en exécution d'un contrat de vente (4), à quoi le créancier doit consentir en vertu de la règle d'équité : *quod tibi non nocet, alteri vero prodest, facile concedendum.*

(1) Arg. de la L. 63, § 5, D. XVII, 2.
(2) LL. 13, 17, 89, D. XLVI, 1.
(3) Voyez plus haut le n° 1124.
(4) L. 76, D. XLVI, 3.

En rappelant cette différence entre le *mandator* et le *cofidejussor*, nous remarquerons que dans l'application qu'on a faite du droit romain, elle avait complétement disparu, et que les *fidejussores* à cet égard étaient placés sur la même ligne que les *mandatores* : cette subrogation était censée faite par suite de vente (1).

Le Code civil, sanctionnant cette pratique, subroge tacitement la caution qui paie, aux droits du créancier (2).

1152. En règle générale, la caution ne peut recourir contre le débiteur principal que lorsqu'elle a fait le paiement de la créance. Cependant il y a des causes pour lesquelles elle peut exercer son recours même avant d'avoir payé, ou sans avoir payé elle-même; c'est ce qui a lieu :

1° Lorsqu'elle a été condamnée à faire le paiement (3).

2° Indépendamment de toute condamnation, lorsque le débiteur principal dissipe ses biens (4).

3° Lorsqu'elle a fait au créancier des offres de paiement suivis de consignation (5).

4° Lorsqu'elle a délégué son débiteur au créancier qui l'a accepté; une telle délégation opère novation et équivaut au paiement (6).

5° Lorsque le créancier, pour faire donation à la caution, lui a donné quittance *per acceptilationem*, ou lui a légué sa libération (7).

Le recours de la caution s'exerce par l'action *mandati* ou par l'action *negotiorum gestorum*, suivant que le cautionnement a eu lieu du consentiment du débiteur, ou en son absence et à son insu.

Remarquez que la ratification qui intervient sur le cautionnement, change tantôt la gestion de la caution en mandat, tantôt laisse subsister la gestion d'affaires : elle change la gestion en mandat lorsque les choses sont encore en état, lorsque la caution n'a

(1) Voyez A. Sande, *Tr. de la Cession*, ch. 7, n. 12; — Voet *ad Pand.*, XLVI, 1, n. 30.

(2) Voyez les art. 2028 et 1251.

(3) L. 4, § 1, et L. 45, D. XLVI, 1.

(4) L. 38, § 1; L. 45, § 3, D. XVII, 1.

(5) L. 64, D. XLVI, 1.

(6) L. 18, D. XLVI, 3.

(7) L. 10, § *ult.*, et L. 26, § 3, D. XVII, 1.

pas encore payé (1). Elle laisse subsister la gestion d'affaires lorsque la ratification est intervenue après que la caution avait déjà payé; la ratification n'est alors qu'une approbation et du cautionnement et du paiement qui s'en est suivi. Par conséquent la ratification intervenue avant le paiement laisse la caution obligée comme mandataire, tandis que la ratification faite après le paiement dégage la caution de toute responsabilité; le paiement fait par elle est censé bien fait, et le débiteur devra le rembourser à la caution sans pouvoir lui opposer aucune exception, car il y a des cas où la caution ne peut pas réclamer son remboursement du débiteur principal; c'est ce qui a lieu lorsqu'elle n'a pas opposé au créancier les exceptions qu'elle aurait pu lui opposer. Cependant il faut remarquer que dans un tel cas d'omission, l'erreur de fait est excusable, mais l'erreur de droit ne le serait pas (2). D'après cela, la caution est en faute lorsqu'elle n'a pas opposé les exceptions dont elle avait connaissance, ou lorsqu'elle ne les a pas prouvées convenablement, ou enfin lorsqu'elle a négligé d'interjeter appel, ou du moins d'avertir le débiteur pour qu'il pût interjeter appel (3). Cette responsabilité de la caution, qui en de tels cas s'expose à ne pas avoir de recours, est une autre preuve de l'intérêt qu'elle a d'opposer au créancier le *beneficium ordinis* ou *excussionis*.

Quant à la caution qui n'aurait pas reçu mandat, qui se serait constituée *negotiorum gestor* et dont la gestion n'aurait été ratifiée ni avant ni après le paiement, elle est encore plus strictement tenue que celle qui a agi en exécution d'un mandat. Selon les règles du quasi-contrat de la gestion d'affaires, il faut que cette caution prouve que la gestion a été utile, tandis que cette preuve n'est pas exigée de la caution qui a agi en exécution d'un mandat (4).

(1) L. 60, D. L, 17.

(2) L. 10, § 12; L. 29 pr., et § 4, D. XVII, 1.

(3) La L. 67, D. XLVI, 1, dit même que la caution n'a pas de recours lorsque s'étant servie de l'exception, elle a été condamnée *injuria judicis, quia injuriam quae tibi facta est, penes te manere quam ad alium transferri aequius est.*

(4) L. 10, § 11; et L. 29, § 4, D. XVII, 1; — L. 43, D. III, 5. — Voyez plus haut le n° 770.

La caution qui a payé, si elle veut assurer son recours contre toute éventualité, doit aussi, s'il est possible, avertir le débiteur de ce paiement; si elle ne l'a pas fait, tandis qu'elle le pouvait, et que le débiteur paie aussi, elle n'aura pas de recours contre le débiteur, mais celui-ci ayant acquis par le paiement indu qu'il a fait la condiction *indebiti*, devra la lui céder (1). Si après que le débiteur a payé, la caution non avertie paie le créancier de bonne foi, elle aura l'action *mandati* contre le débiteur qui est en faute pour ne pas avoir averti la caution, et elle devra céder alors la condiction *indebiti*.

La caution n'a aucune des deux actions, ni l'action *mandati*, ni l'action *negotiorum gestorum*, lorsqu'elle est intervenue *invito debitore*. Cependant, dans ce cas, comme elle est obligée pour autrui, elle peut se faire céder les actions; sans cette cession elle n'aurait pas de recours, elle serait censée avoir donné (2).

1153. Le cautionnement s'éteint par le paiement que fait le débiteur ou la caution, par la novation que fait l'un ou l'autre, par la compensation, lorsqu'elle a été opposée par l'un ou l'autre. Remarquez que la compensation peut être invoquée par la caution, tant lorsqu'elle-même est devenue créancière du créancier que lorsque le débiteur l'est devenu. Le serment, le jugement, la transaction, le pacte *de non petendo*, lorsque ces actes sont intervenus entre le créancier et le débiteur principal, peuvent également être invoqués par la caution; il en est de même de la prescription de la dette principale. Mais l'interpellation faite au débiteur principal, interrompt aussi la prescription à l'égard de la caution.

Le cautionnement s'éteint encore par la perte de la chose due, si c'est une *species;* mais la demeure du débiteur principal a aussi pour effet de perpétuer l'obligation à l'égard de la caution. Le cautionnement s'éteint aussi par la confusion, soit que le débiteur, soit que le créancier se confonde avec la caution. Cependant, au cas où le débiteur succède à la caution, le créancier peut demander la séparation de patrimoines.

(1) L. 29, § 3, D. XVII, 1.
(2) Comp. L. 9, D. XIV, 6.

Il s'éteint aussi par l'expiration du temps, s'il a été à terme. Il est d'ailleurs à remarquer que le terme ajouté à un cautionnement peut avoir un double objet :

1° Il peut être ajouté pour mettre fin à l'obligation même du contrat; c'est ce qui a lieu toutes les fois que la dette est fixe et invariable, par exemple, lorsque pour deux ans je cautionne un emprunt de Titius (1).

2° Le terme peut être ajouté aussi dans le but de déterminer le *quantum* du contrat dans les obligations qui sont continues, qui naissent, pour ainsi dire, chaque jour. Je me porte caution pour un locataire pendant cinq ans : ici la caution est tenue non seulement pendant cinq ans, mais pour toujours du chef des obligations que le locataire a contractées pendant ces cinq années (2). Mais dans tous les cas la caution ne serait tenue que des loyers dus pour ces cinq années, alors même qu'à leur échéance il y aurait eu tacite reconduction entre le *locator* et le locataire.

1154. Par le sénatusconsulte Velléien, il a été défendu aux femmes de se porter caution et en général d'intervenir, *intercedere*, de quelque manière que ce fût, pour la dette d'autrui (3). Que la femme s'obligeât personnellement, ou qu'elle hypothéquât ses biens, qu'une autre personne fût originairement déjà obligée, ou qu'elle s'obligeât elle-même originairement au lieu et place d'une autre personne qui en a profité : dans tous ces cas son obligation était de nul effet (4).

Nous avons déjà eu l'occasion d'exposer plus haut les conditions requises pour qu'il y eût intercession (5).

Pour se rendre compte du but du sénatusconsulte Velléien, il faut se reporter à l'époque où il a été rendu.

On sait que jusqu'au temps de l'Empereur Claude, les femmes qui n'étaient pas sous la puissance de leur père ou de leur mari, qui n'avaient pas reçu d'eux de tuteur testamentaire, se sont

(1) L. 4, § 1, D. XLIV, 7.
(2) L. 7, C. IV, 65.
(3) D. XVI, 1, C. IV, 29.
(4) L. 2, § 1; L. 8, § 8, D. XVI, 1; — L. 4 et L. 7, C. IV, 29.
(5) Voyez plus haut les nos 1113 à 1118.

trouvées sous la puissance de leurs agnats. On sait aussi que déjà du temps de Cicéron les femmes sorties de puissance avaient pu, au moyen d'un mariage *per coemptionem* et d'une vente, se dérober aux embarras de la tutelle en acquérant un *tutor fictitius* qu'elles choisissaient elles-mêmes en se plaçant en quelque sorte, comme le dit Cicéron, sous leur propre tutelle. A une époque où les mœurs s'étaient relâchées et où la cupidité était grande, cet état de choses a dû gravement compromettre la fortune des femmes, qui durant tout le temps qu'elles étaient sous tutelle, n'ont pu s'obliger sans l'autorité de leur tuteur.

Ce fut pour remédier à ce mal et pour venir en aide à la faiblesse des femmes, que le sénatusconsulte, tout en laissant aux femmes la libre disposition et administration de leurs biens, la liberté générale de s'obliger et de contracter, a voulu au moins qu'elles ne pussent s'obliger que lorsqu'elles contracteraient étant mues par leur propre intérêt, fût-ce même par l'intérêt ou le désir de faire une donation. Mais le sénatusconsulte leur a aussi interdit de s'obliger pour autrui, ou dans l'intérêt d'un tiers. En un mot, il leur interdisait d'intervenir, *intercedere* (1).

Déjà du temps d'Auguste il avait été défendu aux femmes d'intervenir pour leurs maris; le sénatusconsulte ne fait qu'étendre cette défense. Schulting a démontré le premier que ce sénatusconsulte a été rendu sous le règne de Claude, le même qui a aboli la tutelle perpétuelle des femmes, et cette coïncidence est remarquable; elle prouve bien que le sénatusconsulte avait pour objet de suppléer à une institution qui autrefois, dans un intérêt de famille, avait protégé la femme. Le sénatusconsulte a été porté dans un intérêt d'ordre public; non seulement la famille de la femme, mais l'État même était intéressé à ce que les femmes conservassent leur fortune afin qu'elles pussent se constituer une dot, car une femme sans dot était *illocabilis*, elle ne pouvait, disent les écrivains de cette époque, trouver à se marier, et au commencement de l'empire toutes les lois tendaient à favoriser le mariage.

(1) Dig. XVI, 1. — Cod. IV, 29. — J. H. Boehmer, *Exerc. ad Pand.*, III, n. 50. — J. A. Helfeld, *Comment. de interces. mulierum et Scto Velleiano.*

De plus, la L. 1, § 1, D. XVI, 1, prouve que le législateur a voulu écarter autant que possible les femmes des affaires civiles.

Le sénatusconsulte Velléien a donc pour objet, non pas d'ôter à la femme la capacité d'administrer ses biens et d'en disposer, capacité dont jouissait même la femme mariée indépendamment de l'autorisation maritale; il n'a pas non plus eu pour objet de protéger la femme contre des libéralités ou excès de libéralité; il a seulement voulu venir en aide à son imprévoyance et à sa faiblesse et surtout à cette facilité avec laquelle on intervient pour autrui dans l'espoir, qui souvent ne se réalise point, de s'en retirer sans subir aucune perte.

De ce que l'exception était accordée et dans l'intérêt de la femme, et dans un intérêt public, il suit qu'elle pouvait être invoquée non seulement par la femme et par ses héritiers, mais encore par ceux-là même qui sans avoir eu mandat, s'étaient constitués caution, ou avaient donné des garanties réelles pour la personne qui avait intercédé. Cette question, ainsi que l'atteste la L. 16, § 1, D. XVI, 1, avait été autrefois l'objet d'une controverse. Le jurisconsulte Cassius, partant de ce principe que le sénatusconsulte avait voulu protéger seulement les intérêts de la femme, avait pensé que la caution n'avait pas le droit d'invoquer le bénéfice, au moins toutes les fois qu'elle n'avait pas de recours contre la femme; et partant qu'elle ne pouvait l'invoquer lorsqu'elle n'avait pas reçu mandat à l'effet de se porter caution. Mais Julien pense que la caution, alors même qu'elle n'aurait pas de recours contre la femme, doit avoir l'exception, parce que, dit-il, le sénatusconsulte improuve toute l'obligation.

Si la femme donne mandat à un tiers à l'effet de se porter caution pour un débiteur, il faut, pour savoir si ce mandataire peut invoquer l'exception du sénatusconsulte, distinguer si le créancier a su que le tiers qui a été caution pour le débiteur, avait reçu mandat d'une femme, ou s'il a ignoré ce fait. Au premier cas, le mandataire pourra invoquer l'exception du sénatusconsulte, car la femme, par cela seul qu'elle a donné mandat, a intercédé. Si le créancier n'a pas eu connaissance du mandat donné par la femme, le mandataire pourra être repoussé dans son exception du séna-

tusconsulte par l'exception *doli.* C'est pourquoi le même mandataire, s'il a payé comme caution, n'aura pas de recours efficace contre la femme, car ayant nécessairement su que la femme intervenait par cela qu'elle lui a donné mandat, il sera repoussé par la même exception. Mais il aura l'action *negotiorum gestorum* contre le débiteur principal dont il aura payé la dette.

L'exception du sénatusconsulte Velléien est une des exceptions qu'on appelle privilégiées, parce qu'elles peuvent être opposées même après que le jugement est intervenu et passé en force de chose jugée (1).

Il y a plus : le sénatusconsulte Velléien ne se borne pas à défendre la femme par voie d'exception, il lui accorde, alors qu'elle a déjà payé, la *condictio indebiti,* pourvu qu'elle ait payé en ignorant son droit. Si elle avait payé sachant qu'elle ne devait pas, elle serait censée avoir renoncé à son droit : *Ignoranti, non vero scienti, indebiti condictio competit* (2). Elle ne serait pas cependant censée avoir donné, mais elle pourrait intenter l'action *mandati* contre le débiteur principal (3).

Si le gage que la femme a donné, a été vendu par le créancier, elle pourra le revendiquer contre le tiers, car la constitution de gage ou d'hypothèque ayant été de nul effet, il est impossible que la vente faite par le créancier hypothécaire ait eu quelque effet, ait dépouillé la femme de sa propriété (4).

Il en est de même lorsque la femme qui a intercédé, a vendu l'objet hypothéqué au créancier pour compenser le prix avec la dette; en ce cas elle pourra également revendiquer cet objet, dit la L. 32, § 2, D. XVI, 1, et si on lui oppose l'exception *rei venditae et traditae,* elle répliquera par l'exception du sénatusconsulte. Si le créancier avait acheté la chose par un entremetteur, la femme pourrait aussi revendiquer le fonds vendu, d'après la même L. 32; d'où il suit que si la femme, pour se libérer d'un cautionnement, vendait à un tiers, la vente serait valable (5).

(1) L. 11, D XIV, 6.
(2) L. 40, D. XII, 6; — L. 9, C. IV, 29.
(3) L. 31, D. XVI, 1.
(4) L. 39, § 1, D. VI, 1; — L. 7, C. IV, 29; — L. 32, § 1, D. XVI, 1.
(5) GLUCK, *Pand.* XIV, p. 461.

La nullité de l'intercession de la femme laisse au créancier le droit de poursuivre celui pour lequel elle est intervenue, si ce dernier a été obligé et est resté obligé. S'il n'a jamais été obligé, le créancier intentera contre lui l'action qu'il eût intentée contre la femme, comme par exemple si la femme a contracté un emprunt pour faire un prêt à Titius, le créancier intentera contre Titius l'action *quasi ex mutuo*, ou l'action *quasi ex stipulatu* (1).

Si celui pour lequel la femme est intervenue, était obligé mais a été libéré par l'intervention de la femme, le créancier est restitué dans l'action qu'il avait contre lui, et contre les cautions et les détenteurs des biens donnés en garantie. L'action prend alors le nom de *restitutoria* ou de *rescisoria*, parce que l'obligation créée par l'intervention de la femme est rescindée, et que l'ancienne obligation est restituée dans tous ses effets.

Pour traiter complétement du sénatusconsulte Velléien, nous aurions dû donner, sur bien des points, des explications plus longues. Mais cette matière ayant perdu tout intérêt pratique par suite de la différence fondamentale qui existe entre le droit romain et le droit français, nous avons voulu nous arrêter aux explications qui étaient indispensables pour faciliter l'intelligence de textes qui, nous en avons eu des preuves, se présentent fréquemment dans l'examen d'autres matières.

(1) L. 8, § 14, D. XVI, 1.

DE LA CORRÉALITÉ ET DE LA SOLIDARITÉ PROPREMENT DITE.

Sommaire.

1155. Lorsque dans une obligation il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, trois espèces de rapports peuvent exister concernant les droits des uns et des autres.

1° En règle générale, toute obligation divisible où il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, constitue virtuellement autant d'obligations *pro parte* qu'il y a de créanciers ou de débiteurs.

1156. 2° Il y a des cas où une telle obligation constitue autant d'obligations *in solidum* qu'il y a de créanciers ou de débiteurs, et cela de manière que le paiement fait à l'un des créanciers ne libère pas le débiteur vis-à-vis des autres, que le paiement fait par l'un des débiteurs ne libère pas les autres débiteurs.

1157. 3° Il y a des cas où une telle obligation peut être exigée, soit par chacun des créanciers, soit de chacun des débiteurs, mais de manière qu'un seul paiement éteint l'obligation. C'est ce qu'on appelle généralement l'obligation solidaire, qui est ou *correalis* ou solidaire proprement dite.

1158. Différence entre ces deux obligations. — Conditions généralement requises pour l'une et l'autre.

1159. Causes de la corréalité. — Difficulté qu'il y a à déterminer s'il existe des causes de corréalité en dehors de la stipulation et du testament. — Motifs pour lesquels la corréalité semble devoir être restreinte à ces deux causes.

1160. Comment la corréalité naît de la stipulation.

1161. Comment elle naît du testament.

1162. Causes de la solidarité proprement dite.

1163. Solidarité résultant 1° de la convention;

1164. 2° Du testament.

1165. Est-il exact de dire que la solidarité peut avoir pour cause le jugement?

1166. Solidarité établie par la loi : *a.* Entre plusieurs délinquants ou participants d'un dol.

b. Entre tuteurs, curateurs et administrateurs.

c. Entre plusieurs mandataires et entre plusieurs mandants, lorsqu'ils ont un représentant commun, un *institor* ou *magister navis* dont les obligations se réfléchissent sur eux-mêmes, en vertu des actions *adjectitiae qualitatis*.

d. Entre plusieurs *argentarii* associés.

e. Entre plusieurs locataires, commodataires. — Solidarité moins stricte du dépositaire.

f. Entre plusieurs personnes habitant un même étage et soumises à l'action *de effusis et dejectis.*

1167. Solidarité résultant de l'indivisibilité de l'obligation. — Renvoi.

1168. Effets de la solidarité active. Chaque créancier peut exiger le tout, mais un seul paiement libère le débiteur. Les créanciers qui n'ont pas reçu le paiement n'ont pas, en règle générale, de recours contre celui qui l'a reçu.

1169. Il en est autrement, quant à ce dernier point, en droit français.

1170. Effets de la corréalité passive.

1171. Suite. — Le codébiteur qui a payé le tout sans se servir du bénéfice de division a-t-il recours contre ses codébiteurs en vertu de la solidarité même et indépendamment du bénéfice de cession, indépendamment de l'action *pro socio,* de l'*in rem versum* ou des actions *familiae erciscundae* ou *communi dividundo?* — Solution négative en principe.

1172. Discussion de l'opinion contraire.

1173. Si le recours est admis dans la solidarité proprement dite, au moyen de quelles actions s'exerce-t-il?

1174. En cas de participation à un dol ou à un délit, tout recours est inadmissible. — Les *correi debendi* qui n'ont pas de recours légal ont cependant, comme tout débiteur solidaire, le bénéfice de division et le *beneficium cedendarum actionum.*

1175. En droit moderne, où la subrogation légale est admise au profit de tous ceux qui étant obligés pour d'autres ou avec d'autres, ont intérêt à payer, le bénéfice de division n'est admis cependant qu'en faveur de plusieurs cautions, de sorte qu'il y a sous ce rapport une différence entre la solidarité principale et la solidarité accessoire.

1176. Les débiteurs solidaires sont tenus, l'un du fait et de la faute de l'autre, et en général de tout ce qui constitue un manquement à l'obligation, telle qu'elle résulte du contrat.

1177. Suite. — S'ils ne sont pas tenus des dommages et intérêts résultant de la demeure, ils sont cependant tenus de l'estimation de la chose même, si celle-ci ne peut pas être livrée.

1178. S'il y a une peine stipulée, en sont-ils tenus les uns pour les autres?

1179. Quelles sont les causes d'extinction de l'obligation solidaire en général?

1180. Suite. — Il faut distinguer trois espèces d'actes :

1° Le paiement, l'acceptilation, la compensation quand elle a été opposée, la novation, tous actes équivalents au paiement et ayant des effets absolus.

2° Le pacte de *non petendo,* la compensabilité, la confusion à

certains égards, et la *capitis deminutio,* comme ayant des effets personnels.

3° La litiscontestation, la *res judicata,* le serment, comme ayant des effets objectifs, c'est-à-dire absolus dans la corréalité, mais non pas dans la solidarité proprement dite.

1155. Lorsqu'il y a dans une obligation plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, des relations d'une triple nature peuvent s'établir, soit qu'on considère les droits des créanciers vis-à-vis du débiteur, ou les obligations des débiteurs envers le créancier, soit que l'on considère les rapports des créanciers ou des débiteurs entre eux. Il se peut :

Que l'obligation divisible par sa nature, soit divisée de plein droit entre les plusieurs créanciers et entre les plusieurs débiteurs de la même manière que pareille obligation se divise toujours entre plusieurs héritiers d'un créancier ou d'un débiteur; et cette division, puisqu'elle a lieu de plein droit et dès l'instant même où l'obligation se forme, établit virtuellement autant d'obligations *pro parte* qu'il y a de débiteurs ou de créanciers. De sorte que la négligence d'un créancier ne nuit pas à l'autre, ni l'insolvabilité d'un débiteur à l'autre débiteur. C'est en cela que la division de plein droit se distingue du *beneficium divisionis* introduit en matière de solidarité, où malgré la division invoquée un débiteur solidaire demeure responsable de l'insolvabilité de l'autre. Cette division de plein droit, *ipso jure,* forme la règle, c'est-à-dire, elle est de droit commun toutes les fois qu'il s'agit d'obligations divisibles par elles-mêmes.

1156. Il se peut que l'obligation, quoique unique dans sa cause, soit multiple dans ses effets et constitue virtuellement autant d'obligations *in solidum* qu'il y a de créanciers ou de débiteurs; sans que le paiement fait à l'un des créanciers libère le débiteur à l'égard des autres; sans que le paiement fait par l'un des débiteurs libère les autres :

1° Lorsque l'obligation a pour cause un outrage (*injuria*) fait au fils sous puissance, l'action compète *in solidum* et au père et

au fils. Il y a donc ici deux créanciers, dont chacun peut exiger *in solidum* la peine de l'outrage (1).

2° Dans l'ancien droit, lorsque par le legs *per damnationem* plusieurs légataires étaient *re conjuncti*, le grevé devait donner à l'un la chose, à l'autre l'estimation, disposition que Justinien a abolie en prescrivant que pareille obligation ne saurait plus résulter de la *conjunctio re* seule, mais ne pourrait être fondée à l'avenir que sur l'intention expresse du débiteur, quelle que fût d'ailleurs la forme du legs.

3° Enfin l'obligation de plusieurs codélinquants, en tant qu'il s'agisse de la peine ou que l'obligation soit mixte (*Lex Aquilia*) oblige chaque délinquant, de sorte qu'il y a non pas une seule obligation, mais autant d'obligations *in solidum* qu'il y a de délinquants, et que le paiement fait par l'un ne libère pas l'autre (2).

1137. Il se peut enfin que l'obligation dans laquelle il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, soit de telle nature que chaque créancier ait le droit d'exiger tout le paiement, que chaque débiteur soit obligé *ipso jure* à le faire en entier, mais que le paiement fait à l'un des créanciers libère le débiteur vis-à-vis de tous; que le paiement fait par l'un des débiteurs opère libération vis-à-vis de tous les débiteurs.

Cette troisième espèce d'obligation est appelée généralement *correalis* par les interprètes du droit romain, et obligation solidaire par les modernes. Lorsque la solidarité a sa cause dans l'indivisibilité même de l'obligation, elle s'appelle plus particulièrement obligation indivisible. Cependant Keller (3) et Ribbentrop ont démontré que pour atteindre à l'économie des lois romaines en cette matière, il faut distinguer parmi les obligations solidaires une solidarité stricte, qui est comme le type de toute solidarité et qui a sa cause originaire et générale dans le *strictum jus*, dans la stipulation et dans le testament, dans les *legata* qui étaient *stricti*

(1) L. 1, § 9, et L. 18, §§ 4 et 5, D. XLVII, 10.

(2) L. 55, D. XXVI, 7; — L. 11, § 2, D. IX, 2. — Ribbentrop, *Zur Lehre von der Correaloblig.*, § 14 et § 15.

(3) F. L. Keller, *Uber Litiscontestation und Urtheil nach classischem Röm. Recht.* Zurich, 1827.

juris. Cette obligation solidaire stricte est plus particulièrement appelée *obligatio correalis*, dénomination empruntée au mot *correi* (*stipulandi, debendi*, etc.), qui désigne les créanciers et débiteurs solidaires lorsque la solidarité résulte de la stipulation. L'obligation *correalis* est une obligation solidaire plus stricte; comme le dit Mühlenbruch, dans cette obligation l'unité objective est plus étroite; c'est ce que nous établirons en recherchant les rapports de similitude et de différence entre l'obligation corréale et l'obligation solidaire proprement dite.

1158. Ce que l'obligation corréale et l'obligation solidaire proprement dite ont de commun, c'est que chacun des créanciers peut exiger le paiement, que chacun des débiteurs est tenu de le faire, et que le paiement une fois fait opère libération.

La différence consiste en ce que dans l'obligation corréale il n'y a qu'une seule obligation, tandis que dans l'obligation solidaire il y a autant d'obligations qu'il y a de créanciers ou de débiteurs, quoique le paiement une fois fait éteigne l'obligation.

Ceci était surtout un principe certain dans l'ancien droit, eu égard à l'effet consumptif de la litiscontestation; c'est ainsi que nous avons vu, en expliquant la L. 28, C. VIII, 41 (1), que lorsque l'obligation était corréale, telle qu'est l'obligation des cofidéjusseurs, elle était éteinte par la litiscontestation; le créancier, par cela seul qu'il avait contesté le litige avec l'un des débiteurs solidaires, ne pouvait plus recourir à l'autre; tandis qu'il en était autrement lorsqu'il s'agissait d'une solidarité proprement dite, par exemple de plusieurs mandataires, comme le prouve la même L. 28, puisqu'elle assimile *in terminis* l'obligation des fidéjusseurs et des autres *correi debendi* à celle des *mandatores*, afin que le créancier, quelle que fût la nature de l'obligation, corréale ou solidaire proprement dite, ne perdît pas son action par cela seul qu'il l'avait intentée contre l'un des débiteurs; en d'autres termes, afin que, comme le dit cette loi, sa créance ne fût plus éteinte par la litiscontestation, mais seulement par la satisfaction. Et comme cette L. 28 ne parle que de l'effet consumptif

(1) Voyez plus haut le nº 1125.

de la litiscontestation, sa disposition ne pourra pas s'étendre à la chose jugée, comme le prouvent d'ailleurs plusieurs textes du Digeste. De sorte que la différence qui existait dans l'ancien droit entre la corréalité et la solidarité, existe encore quant à la chose jugée et quant à tout ce qui est assimilé à celle-ci.

Une seconde différence quant aux effets entre la corréalité et la solidarité, concerne la question du recours, lorsque l'un des débiteurs a fait le paiement. Nous aurons à revenir sur ce point (1).

Ainsi, nous distinguerons une obligation *correalis* et une obligation solidaire.

L'expression *obligation solidaire* a donc aujourd'hui deux significations : dans la signification large, elle comprend l'obligation corréale et même l'obligation indivisible; dans la signification étroite, elle est opposée à l'obligation corréale, qui se distingue de l'autre par la diversité de ses causes et de ses effets.

Les conditions de la solidarité en général sont :

1° Unité de la cause de l'obligation, *unitas actus et temporis*, soit que la solidarité résulte d'une stipulation, d'un testament ou de la loi, qui attachent la solidarité à un seul et même fait.

D'après cette règle, nous voyons à la L. 12, D. XLV, 2, que si de deux personnes qui doivent contracter une obligation solidaire, l'une après la demande adressée par le *stipulator* aux deux personnes, répond et promet aujourd'hui, l'autre demain, le premier promettant seul est obligé, l'autre ne l'est pas; donc il n'y a pas solidarité. Cependant, d'après la L. 6, § 3, D. XLV, 2, un temps modique peut s'écouler entre la promesse de l'un et celle de l'autre; si l'intervalle est modique, les deux promesses peuvent être séparées par un autre acte, pourvu que cet acte cependant soit l'accessoire de l'obligation, par exemple, le cautionnement. De plus, le créancier lui-même n'est pas soumis à cette règle par rapport à l'obligation principale; quelle que soit d'ailleurs la cause de l'obligation, si elle n'est pas nulle, elle est susceptible de cautionnement.

2° Pour qu'il y ait solidarité, l'obligation doit avoir par rapport

(1) Voyez plus bas le n° 1168.

à tous le même objet et le même degré de force obligatoire. Si je confie un dépôt à deux dépositaires, et que je me fais promettre de l'un seulement qu'il répondra de la faute légère, il ne saurait pas y avoir de solidarité; car si la chose périt par une faute légère, il devra en résulter que l'un des dépositaires sera tenu d'une faute dont il n'avait pas assumé la responsabilité, ni implicitement, *vi contractus*, ni explicitement en vertu d'une clause spéciale. Or, cela serait même contraire à la bonne foi du contrat. Ainsi décide la L. 9, § 1, D. XLV, 2. Il en serait autrement, dit cette même loi, si lors du dépôt les deux dépositaires avaient assumé la responsabilité de la faute légère, mais qu'après coup remise eût été faite de cette responsabilité à l'un d'eux. Ici l'obligation des deux dépositaires aurait été contractée au même degré, donc l'autre n'aurait pas à se plaindre s'il était actionné du chef d'une faute légère. Toutefois, celui qui aurait obtenu remise de cette responsabilité, aurait l'exception du pacte.

Si l'objet de l'obligation doit être le même, si l'obligation aussi doit être contractée au même degré, rien ne s'oppose cependant à ce que l'un des débiteurs solidaires s'oblige à terme ou sous condition, tandis que l'autre s'oblige purement et simplement. De plus, l'obligation peut être nulle par rapport à l'une des personnes qui auraient dû s'obliger solidairement, sans que cette nullité empêche l'obligation d'être valable par rapport aux autres personnes (1).

Cette règle souffre exception en matière de cautionnement, où, si l'obligation principale est nulle, l'obligation accessoire l'est également, sauf la nullité relative résultant de l'incapacité personnelle.

1159. Tous les auteurs s'accordent à signaler comme causes de la corréalité, la stipulation et le testament. Cependant Mühlenbruch (§ 491) ajoute, que bien que telles aient été les seules causes dans le principe, la corréalité par la suite, a pu naître aussi d'une simple clause ajoutée à un contrat de bonne foi. Pour être conséquent, il aurait dû ajouter qu'elle peut naître aussi du constitut. Enfin d'après Mühlenbruch, elle aurait pu naître excep-

(1) L. 8 et L. 12, § 1, D. XLV, 2.

tionnellement de la loi, et il cite la L. 25, § 10, D. X, 2 (*familiae erciscundae*), qui concerne le cas où l'obligation est indivisible, où il s'agit de la promesse d'une servitude de passage, promesse à exécuter par les héritiers du promettant (1).

Vangerov désapprouve l'extension de la corréalité aux obligations indivisibles, mais il admet la corréalité dans des cas où Mühlenbruch ne l'admet point. Ainsi, selon lui, il y aurait corréalité toutes les fois qu'au moyen d'une action *adjectitiae qualitatis* (*exercitoria, institoria, de peculio, quod jussu*), on peut atteindre une personne autre que celle qui a personnellement contracté. En général, à part la stipulation et le testament, il y a désaccord sur les causes de la corréalité.

Je crois qu'il faut les restreindre à la stipulation et au testament. J'avoue cependant qu'il est presque impossible jusqu'ici de donner des preuves justificatives pour ou contre l'extension; mais cette considération générale que, de l'aveu de tous, la corréalité est une solidarité plus stricte que la solidarité proprement dite, me détermine; et dès lors il me paraît conforme au droit romain qu'elle n'ait pour causes que les formes strictes de la stipulation et du legs. Donc il y a des cas de solidarité proprement dite là où la solidarité est établie soit par la loi à cause de l'équité, soit en vertu d'une clause spéciale dans les contrats de bonne foi.

1160. Comment la corréalité naissait-elle de la stipulation? S'agissait-il d'une corréalité active, il fallait que les deux *stipulatores* s'adressassent au débiteur, de telle sorte qu'avant que celui-ci fît la réponse au premier stipulant, le second stipulant eût demandé la même chose que le premier : *Eosdem dare spondes? — Utique spondeo.*

Pour établir la corréalité passive, le stipulant s'adressait simultanément aux deux *promissores*, ou bien il s'adressait à eux successivement, mais de manière que le premier ne répondît pas avant que la même demande n'eût été faite au second; car, sans cela le premier aurait été obligé *principaliter*, le second comme

(1) Voyez, sur l'indivisibilité de cette promesse, *Des Servitudes*, nos 18 et suivants, et plus haut le no 231.

fidéjusseur (1); puis les deux *promissores* répondaient en même temps ou successivement : *spondemus*.

Ainsi, il y a unité d'acte, unité d'obligation, deux créanciers ou deux promettants, mais une seule créance, une seule obligation, car rien ne sépare la première promesse de la seconde. Nous voyons ici dans la forme même cette unité objective de l'obligation, malgré la pluralité des créanciers ou débiteurs, unité objective qui distingue l'obligation corréale.

1161. Voyons maintenant comment l'obligation objective naît du testament.

Dans le droit nouveau la corréalité active ne résulte plus, comme avant Justinien, de la forme alternative qu'employait le testateur en disant : *Heres meus Titio aut Seio decem dato;* car dans ce cas, en vertu de la disposition tout-à-fait singulière de la L. 4, C. VI, 38, le legs doit être partagé entre Titius et Seius; la conjonction *aut* y équivaut à la conjonction *et*.

Il faut donc, pour établir une corréalité active par testament, que le testateur s'en explique *in terminis,* comme dans la L. 16, D. XXXI, où les mots *utri heres velit dare,* ne laissent pas le moindre doute sur l'intention d'établir une corréalité active entre les légataires.

Quant à la corréalité passive, comme la L. 4, C. VI, 38, n'en fait aucune mention et que cette loi est tout-à-fait exceptionnelle, il faut comme auparavant admettre qu'elle s'établit tout aussi bien par l'emploi de la formule alternative dans l'injonction faite aux héritiers, aux grevés : *Titius aut Caius heres meus Sempronio decem dato,* qu'elle peut s'établir d'ailleurs par une disposition expresse (2).

1162. La solidarité proprement dite résulte : 1° De la convention, — 2° du testament, — 3° de la loi, — 4° de la nature de la chose même qui est l'objet de l'obligation, c'est-à-dire de son indivisibilité.

Mühlenbruch, qui dans la traduction allemande de son manuel sépare les causes de la corréalité de celles de la solidarité, ce qu'il n'avait point fait dans l'édition latine, cite parmi les causes de so-

(1) Voyez Gaius, *Comm.* III, §§ 116 et suivants.
(2) L. 8, § 1, D. XXX.

lidarité le jugement. Plus loin nous donnons les motifs qui nous empêchent de le suivre en ce point.

1163. Pour constituer la solidarité dans le sens proprement dit, la simple convention suffit, soit que cette convention forme une clause ajoutée à un contrat de bonne foi, soit qu'elle forme le pacte de constitut (1).

1164. La solidarité proprement dite résulte du testament, lorsque sans se servir de la forme alternative le testateur a exprimé l'intention que les héritiers fussent tenus solidairement, ou que les légataires fussent créanciers solidaires de la chose léguée.

1165. Pour ce qui est de la chose jugée, il ne faut point perdre de vue que la condamnation en une seule et même chose, lorsque celle-ci est divisible, ne constitue pas, en règle générale, une cause de solidarité. L'obligation résultant d'une condamnation judiciaire, suit la règle générale que toute obligation divisible se divise entre les débiteurs. C'est ce que la L. 43, D. XLII, 1, dit en termes formels : *Paulus respondit, eos, qui una sententia in unam quantitatem condemnati sunt, pro portione virili ex causa judicati conveniri.*

Pour que la condamnation oblige les condamnés solidairement, il faut donc une disposition spéciale dans le jugement.

Sell (2) a fait remarquer à ce sujet que c'est à tort que l'on considère le jugement comme cause, comme source de la solidarité de l'obligation, car le jugement ne crée pas un droit; il ne fait que constater, proclamer un droit antérieur, ou proclamer qu'un prétendu droit n'existe pas. De sorte que, selon son observation, le jugement ne peut être considéré comme source de l'obligation solidaire, que lorsqu'il proclame l'existence d'une obligation solidaire là où auparavant il n'y en avait point; en d'autres termes lorsque le jugement est au fond un mal jugé, mais que cependant le condamné en négligeant de se pourvoir lui a laissé acquérir l'autorité de la chose jugée, ou que ce jugement a été rendu en dernière instance. Aussi, beaucoup d'auteurs négligent de citer le jugement comme cause spéciale de la solidarité.

(1) L. 13, § 9, et L. 47, D. XIX, 2; — L. 2, C. VIII, 40.
(2) *Zeitschr. für Civilr. und Proc.*, III, p. 413 (§ 27).

1166. La loi établit la solidarité :

a. En cas de délit ou de dol, contre tous ceux qui ont été condamnés de ce chef à des réparations civiles (1).

b. Entre plusieurs tuteurs, curateurs, syndics de communauté (2), et même entre tous administrateurs et mandataires, lorsqu'une seule et même gestion leur a été confiée d'une manière indivise (3).

c. Entre plusieurs *mandatores*. Ceux-ci sont tenus solidairement, de même que plusieurs cofidéjusseurs qui s'engagent par stipulation sont des *correi debendi*, en vertu de la forme même de la stipulation (4).

Plusieurs mandants qui agissent en commun, ayant un mandataire qui les représente, un *institor* ou un *magister navis* sont encore tenus solidairement, en ce sens que les obligations du mandataire commun rejaillissent sur eux-mêmes avec solidarité, en vertu des actions *institoria* et *exercitoria*. En introduisant ces actions, le Préteur ne s'est pas contenté de faire pour la première fois réfléchir sur le mandant l'obligation que le mandataire devait contracter en son propre nom pour que son contrat eût quelque effet (car on ne peut pas contracter pour autrui) (5); afin de protéger plus efficacement le commerce et mieux assurer les droits des tiers, le Préteur a voulu en outre que chacun des commettants associés ayant un mandataire fût obligé solidairement, par le motif que celui qui a contracté avec un seul ne doit pas être obligé d'en rechercher plusieurs pour obtenir l'exécution du contrat (6).

d. Par une disposition exceptionnelle en matière de solidarité, d'après le droit romain lorsque des *argentarii* sont associés, un seul associé peut constituer ses coassociés créanciers ou débiteurs solidaires (7).

(1) L. 1, § 4, D. II, 10; — L. 14, D. IV, 2; — L. 1, D. IX, 3; — L. 15, § 2, D. XLII, 14, etc.

(2) L. 38, D. XXVI, 7; — L. 1 et 2, C. XI, 35.

(3) L. 60, § 2, D. XVII, 1.

(4) L. 52, § 3, D. XLVI, 1; — L. 28, C. VIII, 41.

(5) Voyez plus haut les nos 52 et suivants.

(6) Voyez plus haut le no 742, et les LL. 3 et 4, D. XIV, 1, et 13, § 2, D. XIV, 3.

(7) L. 27, § 2, D. II, 14; — L. 52, § 3, D. XVII, 2. — Ribbentrop, p. 242.

e. Plusieurs commodataires, plusieurs locataires sont encore tenus solidairement (1); et il en est de même de plusieurs dépositaires (2). Cependant la solidarité de ces derniers est moins stricte que celle des premiers : en vertu de la solidarité légale qui les oblige, ils ne sont pas tenus solidairement l'un de la faute de l'autre, comme le sont plusieurs commodataires et locataires vis-à-vis du créancier; ils ne sont tenus solidairement que lorsque tous ont été en faute, et que cette faute est une faute grave, un dol, car ils sont seulement tenus de la bonne foi. C'est ce qui résulte clairement du § 43 de la L. 1, D. XVI, 3, où il est dit que si les deux ont versé dans le dol et que le déposant a reçu *quod interest* de l'un, l'autre ne pourra pas être recherché; ce qui prouve la solidarité pour le cas où les deux sont fautifs. Si cependant, ajoute la loi, l'assigné n'a pas satisfait le déposant, celui-ci conserve son action contre l'autre; et il en sera de même, si l'assigné a été absous parce qu'il est exempt de dol; d'où il suit évidemment que l'un n'est pas solidairement obligé pour le dol de l'autre, car sans cela il n'aurait pu être absous avant que la question eût été jugée à l'égard de l'autre. Donc solidarité moins stricte à leur égard, car en général le dépositaire est moins strictement tenu parce qu'il ne retire aucun avantage du contrat. Il en serait autrement sans doute si dans le contrat de dépôt, la solidarité était conventionnelle.

Il est utile de remarquer que réciproquement l'obligation de plusieurs *locatores, commodatores* ou *deponentes* n'est pas solidaire, à moins que la solidarité n'ait été formellement stipulée (3). Ainsi le dépôt fait par plusieurs, lorsqu'il consiste en une somme d'argent, doit être restitué à chaque déposant pour sa part, et même lorsque le dépôt consiste dans une *species* dont la restitution ne peut se faire par parties, un seul déposant n'obtiendra la restitution qu'à condition de fournir caution bonne et solvable à l'effet de garantir le dépositaire contre les suites de toute demande dont il pourrait être l'objet de la part des autres déposants.

(1) L. 5, § 15, D. XIII, 6.
(2) L. 1, § 43, D. XVI, 3.
(3) Muhlenbruch, *Doctr. Pand.*, § 491, note 12.

Donc plusieurs déposants ne sont pas créanciers solidaires (1).

Ces remarques s'appliquent également au commodat et à la *locatio* (2).

f. Il y a solidarité légale dans l'*actio de effusis et dejectis* entre tous ceux qui habitent ensemble un seul et même étage, un seul et même appartement (3).

1167. Nous avons cité (nº 1162) comme quatrième cause de solidarité la nature même de la chose qui forme l'objet de l'obligation. En effet, l'indivisibilité de l'obligation attribue aussi à celle-ci un certain caractère de solidarité entre créanciers et entre débiteurs, comme nous l'avons déjà vu en traitant des obligations indivisibles. Sur ce point il nous suffira donc de renvoyer à nos précédentes explications (4).

1168. Les effets de la solidarité active sont que chaque créancier peut exiger du débiteur le tout, le *solidum*. Le débiteur avant qu'il ait été assigné, peut payer à qui il veut; il peut aussi se libérer en faisant à l'un des créanciers des offres valables suivies de consignation, mais dès qu'il est assigné par l'un des créanciers, il ne peut plus se libérer vis-à-vis de ce créancier en payant à un autre (5).

Toutefois, si chaque créancier a le droit de percevoir le paiement, celui des créanciers qui l'a perçu, est-il comptable envers les autres?

En règle générale, et à moins que les créanciers solidaires ne soient associés, on doit dire que le créancier n'a rien que ce qui lui est dû; il y a plusieurs créanciers, mais l'obligation est unique; donc les autres créanciers n'ont aucun recours contre lui : c'est ce que la L. 62, D. XXXV, 2, prouve de la manière la plus positive. Dans cette loi, pour computer l'actif d'une succession, afin de fixer la quarte falcidienne, il est décidé que la créance solidaire n'entre pas en ligne de compte *hic et nunc*, car il est incertain si

(1) L. 1, §§ 36 et 37, D. XVI, 3.
(2) Voyez plus haut les nºˢ 229 et suivants.
(3) L. 1, § 10; LL. 2, 3, D. IX, 4.
(4) Voyez plus haut les nºˢ 229 et suivants.
(5) L. 16, D. XLV, 2.

la créance sera payée à l'héritier ou à l'autre cocréancier; d'où il suit que celui des créanciers solidaires qui reçoit le paiement du débiteur, lequel a le choix tant qu'il n'a pas été prévenu, n'en doit pas compte au créancier; sans quoi cette créance aurait dû être comptée dans l'actif, au moins pour la quote-part, ainsi que la même loi veut que cela ait lieu en cas de société.

1169. En droit français, il faut admettre généralement que les cocréanciers sont comptables l'un envers l'autre, qu'ils sont censés s'être donné réciproquement mandat au cas où la solidarité est née d'une convention, ou avoir reçu réciproquement mandat à l'effet de recevoir le paiement, au cas où la solidarité provient d'un testament (1).

1170. L'effet de la corréalité passive est que le créancier peut exiger le paiement de l'un ou l'autre des débiteurs; même, en vertu de la L. 28, C. VIII, 41, il peut dans tous les cas, après avoir choisi l'un, encore recourir à l'autre s'il n'a pas été satisfait, car d'après cette L. 28, ce n'est pas l'élection, ni la litiscontestation, c'est la *satisfactio* qui libère les autres débiteurs. Tout codébiteur assigné est donc obligé de payer le tout, s'il ne se sert du *beneficium divisionis* accordé à tous les codébiteurs solidaires dont la dette n'a pas pour cause un dol ou un délit. Si le débiteur assigné invoque ce bénéfice, le créancier devra mettre en cause tous les débiteurs solvables et présents, afin que la demande se divise contre eux. La solvabilité est sommairement discutée et jugée, car les codébiteurs, malgré la division, restent responsables l'un de l'autre, jusqu'à ce que le créancier ait été entièrement satisfait.

1171. Si le *beneficium divisionis* n'a pas été invoqué et que le débiteur assigné ait payé le tout, aura-t-il un recours contre les codébiteurs?

Cette question est très-controversée. De tout temps, des commentateurs ont admis le recours dans tous les cas, excepté celui où la solidarité vient d'un dol ou d'un délit. D'autres, en règle générale, ne l'ont pas admis, bien que cependant ils soient convenus qu'il faut l'admettre en plusieurs cas exceptionnels.

(1) Art. 1213 et 1297 du Code civil.

Nous regardons cette dernière opinion comme seule conforme à l'esprit et aux textes du droit romain. Donc le recours n'existe pas en principe, mais exceptionnellement il est admis dans les cas que voici :

1° S'il a été stipulé entre débiteurs;

2° Si les débiteurs sont associés;

3° Si tous les codébiteurs ont profité de la dette; lorsqu'il y a eu *in rem versum,* comme au cas de la L. 2, C. VIII, 40, où la dette a pour cause un emprunt qui a profité aux deux emprunteurs solidaires;

4° Lorsque le débiteur assigné pour toute autre cause que *ex dolo* ou *ex delicto,* a eu le soin de se faire céder les actions du créancier;

5° Enfin, lorsque le recours a été accordé par la loi, ou, si l'on veut, lorsque exceptionnellement la loi a subrogé le débiteur qui a payé aux droits de créancier, en d'autres termes lorsqu'elle a établi tacitement la cession.

Voyons ces exceptions; ensuite nous reviendrons à l'examen de la règle même.

Si la loi, disons-nous, a tacitement subrogé le débiteur qui a payé, aux droits du créancier, il y aura recours du débiteur qui a payé contre ses codébiteurs. En effet, dans tous les cas où la solidarité émane de la loi et où il n'y a pas lieu à l'action *pro socio,* la loi aussi accorde le recours au débiteur qui a payé : ainsi le recours est accordé :

1° Au cas de solidarité légale de plusieurs tuteurs, curateurs, administrateurs, pourvu que la faute n'ait pas été commise exclusivement par celui qui a payé; car le recours n'a pas pour objet de faire supporter à tous les suites de la faute d'un seul. Il est bien vrai que vis-à-vis du créancier, tous doivent prester les conséquences de la faute d'un seul, mais cette obligation, cette responsabilité serait absurde vis-à-vis des débiteurs eux-mêmes (1).

2° La loi accorde encore le recours dans la solidarité légale de plusieurs personnes habitant ensemble le même appartement ou

(1) L. 30, D. III, 5; — L. 1, §§ 14 et 15, D. XXVII, 3; — L. 4, C. V, 44.

le même étage, dont l'une a dû payer en vertu de l'action *de effusis et dejectis* (1).

2° Le recours existe encore au cas où la solidarité résulte de l'indivisibilité de l'obligation. Si l'un des débiteurs d'une servitude (promise seulement) a seul exécuté l'obligation, il a contre les codébiteurs, soit l'action *familiae erciscundae*, soit l'action *de communi dividundo* (2).

Le droit de recours est antérieur au bénéfice de division. Ce bénéfice, à la vérité, était utile à tous les codébiteurs solidaires, même à ceux qui avaient le recours, puisqu'il obligeait le créancier à mettre lui-même en cause les codébiteurs solvables et présents, tandis que le recours seul, tout favorable qu'il fût, laissait cependant au débiteur assigné la charge de payer d'abord et de rechercher ensuite lui-même les codébiteurs; mais le bénéfice de division était surtout utile aux *correi* proprement dits qui n'avaient pas de recours s'ils ne s'étaient pas fait céder les actions. En effet, par la L. 39, D. XLVI, 1, et la L. 11, C. VIII, 41, le recours est formellement refusé aux cofidéjusseurs qui sont des *correi*, si, disent ces textes, ils n'ont pas la précaution de se faire céder les actions; et la L. 62, D. XXXV, 2, prouve que le recours n'existe pas non plus lorsqu'il s'agit de *correi promittendi* ou *stipulandi*. Cette loi, qui est relative à la computation de la quarte Falcidienne, porte que si le testateur est créancier ou débiteur solidaire, il faut faire la distinction suivante : s'il est associé on imputera sa part afférente sur l'actif ou le passif de la succession; s'il n'est pas associé, tout reste en suspens, il est incertain lequel des créanciers solidaires profitera de la créance, lequel des débiteurs solidaires supportera la charge de la dette. Évidemment cette dernière disposition repousse l'idée de tout recours. Or il s'agit précisément dans cette loi de *correi stipulandi* et *promittendi*, il s'agit de corréalité proprement dite.

Des textes expliqués il suit donc que le recours du débiteur qui

(1) L. 1, § 10; et LL. 2, 3, 4, D. IX, 3.

(2) L. 44, § 8, D. X, 2; — L. 11, §§ 23 et 24, D. XXXII; — L. 2, § 5; L. 85, § 3, D. XLV, 1; — L. 40, D. III, 5. — Comp. plus haut les nos 17 et suivants de la partie de ce cours qui traite des *Servitudes*.

a payé, n'existe *ipso jure* et indépendamment du bénéfice de cession que dans les cas où la solidarité est établie par la loi, en dehors du dol ou du délit, c'est-à-dire qu'il n'existe que dans les cas de solidarité proprement dite; qu'au contraire, dans les cas de corréalité, il n'a point de recours de plein droit.

1172. L'opinion contraire a cependant été soutenue. Voyons ses arguments.

On invoque d'abord les lois concernant la solidarité entre tuteurs, administrateurs, cohabitants d'une maison ou appartement, lois que nous avons déjà citées plus haut; de plus la L. 2, C. VIII, 40; et l'on en conclut que le recours doit être généralement admis. A l'appui de cette doctrine on dit que le codébiteur qui paie pour les autres, gère utilement l'affaire de ces derniers, que par conséquent il doit avoir l'action *negotiorum gestorum*. On ajoute enfin que personne ne peut s'enrichir au détriment d'autrui, et que les codébiteurs qui n'ont pas été assignés, s'enrichiraient au détriment de celui qui a payé, si ce dernier n'avait pas de recours.

Aucun de ces arguments ne nous paraît coucluant.

Si la L. 2, C. VIII, 40, admet le recours, c'est que dans l'espèce de cette loi il y avait eu *in rem versum;* que le prêt, dans l'espèce qu'elle prévoit, avait profité en même temps aux deux emprunteurs.

Quant aux textes concernant les tuteurs, curateurs, cohabitants, il s'agit là d'une solidarité légale, d'une solidarité proprement dite, dont on ne peut pas tirer argument pour la corréalité. En effet, la nature de l'obligation solidaire proprement dite est telle que, bien qu'une seule et même chose ne soit due qu'une fois, l'obligation cependant est multiple, attendu que ce n'est pas l'élection d'un des débiteurs par le créancier qui libère les autres, ni la contestation du litige, mais seulement la *satisfactio* (1). Il doit suivre de là que le débiteur qui paie toute la dette, paie en même temps la dette des autres, puisqu'en effet il y a plusieurs obligés; que par conséquent il y a lieu d'accorder ici l'action *ne-*

(1) Voyez la L. 28, C. VIII, 41, déjà souvent citée.

gotiorum gestorum ou d'établir une subrogation légale aux droits du créancier en faveur du débiteur qui a payé, afin qu'il puisse réclamer des autres leurs parts afférentes. C'est ce qui décident les textes. Mais si au contraire la nature de l'obligation corréale est telle, que malgré la pluralité des créanciers ou des débiteurs, il y ait non seulement unité qnant à l'objet dû, mais unité de l'obligation même, il doit résulter de cette unité de l'obligation, que le débiteur choisi par les créanciers pour payer, ne paie réellement que sa propre dette, une dette qui par le choix du créancier, et dès avant le paiement par conséquent, cesse d'être celle du codébiteur; principe que Justinien, à la L. 28, C. VIII, 41, n'a modifié que dans l'intérêt des créanciers, nullement dans l'intérêt des *correi debendi* (1). S'il en est ainsi, l'on ne saurait appliquer à l'obligation corréale ni l'action *negotiorum gestorum*, ni l'action fondée sur ce que nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui. En effet, quant à la première, si par le choix fait par le créancier le débiteur choisi est seul obligé, ce débiteur en payant a fait sa propre affaire et non celle des autres, et s'il n'a fait que payer la dette qui par l'élection est devenue la sienne exclusivement, il n'a pu par le paiement enrichir ses codébiteurs; c'est le créancier qui les enrichit.

Le recours a donc lieu dans la solidarité proprement dite, car quoiqu'il n'y ait qu'un objet dû, il y a autant d'obligations que d'obligés. Dans l'obligation corréale au contraire quoiqu'il y ait plusieurs débiteurs *in obligatione* (c'est une obligation alternative personnelle), le recours n'a pas lieu, parce qu'il n'y a qu'un objet dû et une obligation qui avant l'élection du créancier flotte incertaine sur tous et que l'élection du créancier transforme en obligation *unius rei;* sauf la modification que Justinien a introduite par la L. 28, C. VIII, 41, dans l'intérêt seulement du créancier, en statuant que les débiteurs ne seront plus libérés par rapport au créancier *electione*, mais qu'ils le seront seulement *satisfactione*.

1173. Si le recours est admis *ex lege* dans la solidarité propre-

(1) L. 28, L. 31, D. XLII, 6.

ment dite, au moyen de quelle action ce recours s'exerce-t-il?

A la L. 30, D. III, 5, qui est de Julien, nous trouvons mentionnée l'action *negotiorum gestorum;* à la L. 1, §§ 14 et 15, D. XXVII, 3, qui est d'Ulpien, et à la L. 2, C. V, 58, d'Antonin, nous trouvons mentionnée une action *utilis*, d'où quelques jurisconsultes, parmi lesquels Sell et Thibaut, concluent que c'est l'action *utilis negotiorum gestorum.*

Mais nous pensons que l'action *utilis* dont il s'agit ici, est l'action de la créance même qui a été payée par le débiteur, action que la loi autorise ce débiteur à intenter *utiliter*, comme s'il s'était fait céder cette action avant de payer. Le recours repose donc sur une cession présumée, c'est-à-dire sur une subrogation légale. C'est ce qui résulte de la L. 1, §§ 14 et 15, D. XXVII, 3, où l'action *utilis* se trouve citée à côté des mots *mandare actionem.* Et si la L. 30, D. III, 5, qui est d'une époque antérieure, accorde l'action *negotiorum gestorum*, cette loi prouve que primitivement un légataire qui avait payé et couvert la responsabilité du colégataire, avait l'action *negotiorum gestorum*, mais que plus tard la cession des actions ou des créances ayant été de plus en plus dégagée des entraves de l'ancien droit civil, et ayant même été présumée par la loi là où l'équité l'exigeait, l'action *negotiorum gestorum* et celle de la créance qui était présumée cédée, ont été concurremment attribuées au débiteur. Toutefois, il est naturel que l'action *utilis* soit nommée plus souvent, à cause des avantages qui peuvent s'y rattacher, comme le gage et l'hypothèque.

1174. Le recours ne saurait cependant avoir lieu en aucun cas si la solidarité résulte d'un dol ou d'un délit, par exemple si les tuteurs, responsables l'un de la mauvaise gestion de l'autre, avaient commis ensemble un dol (1).

Enfin, bien que les *correi debendi* n'aient pas de recours légal, cependant il ne faut pas oublier que tous les codébiteurs ont le *beneficium divisionis* et le *beneficium cedendarum actionum*, excepté les complices soit d'un même dol, soit d'un seul et même délit.

(1) L. 1, § 14, D. XXVII, 3; — L. 44, § 5, D. X, 2.

1175. D'après les art. 1213 et 1251-3° du Code civil, tous les débiteurs solidaires jouissent du droit de subrogation légale entre eux. La dette solidaire, dit l'art. 1213, se divise entre les débiteurs, de telle manière que les parts des insolvables soient également supportées par les autres. Mais vis-à-vis des créanciers la dette ne se divise pas, lorsque la solidarité est principale. Les débiteurs solidaires principaux n'ont pas vis-à-vis des créanciers le bénéfice de division; chaque débiteur assigné doit donc payer, sauf à se pourvoir ensuite, en vertu de la subrogation légale, contre ses codébiteurs; les cautions seules ont le bénéfice de division vis-à-vis du créancier. De sorte qu'entre les débiteurs solidaires principaux et les débiteurs solidaires accessoires, il y a dans notre droit cette différence, qu'au premier cas le créancier peut s'en tenir à un seul qui doit payer avant tout, sauf son recours contre les autres, tandis qu'au second cas le cofidéjusseur assigné peut, par l'exception de division, forcer le créancier à mettre les autres en cause pour discuter leur solvabilité et recevoir la part de chaque cofidéjusseur, laquelle doit s'augmenter, d'après l'art. 2026, des insolvabilités qui existent au moment de la division. En droit romain, au contraire, tous ceux qui invoquent le bénéfice de division demeurent responsables des insolvabilités jusqu'à ce que le créancier ait été entièrement payé (1).

1176. Agitant la question de savoir si un débiteur solidaire est tenu de la *mora* de l'autre, et de la peine promise et encourue par l'autre, Mühlenbruch résout ces questions négativement; cependant il ajoute une double exception : par rapport à la demeure il dit que néanmoins les débiteurs solidaires sont tenus, si par le fait de l'un la chose ne peut être livrée; et par rapport à la peine, il ajoute que le fait de l'un peut faire encourir la peine par tous s'ils sont associés. *Quemadmodum autem*, dit-il, *unius facto evenire potest ut alteri poena committatur, certe si socii sint correi : sic etiam eo, quod propter alterius factum praestari nequit res, quae proprie est in obligatione, alter minime liberatur.*

(1) Comp. la L. 28, C. VIII, 41, et l'art. 2026 du Code civil.

Cette doctrine assez vague se réduit donc aux propositions suivantes :

1° Si par le fait de l'un des débiteurs solidaires la chose due ne peut être livrée, tous demeurent solidairement responsables.

La L. 18, D. XLV, 2, porte : *Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet,* et la L. 7, § 1, D. XIII, 6, décide conformément à ce principe que si deux commodataires ont emprunté la même chose, l'un est tenu vis-à-vis du prêteur du dommage causé par l'autre. Enfin, la L. 1, § 13, D. XXVII, 3, porte, que de plusieurs tuteurs l'un est tenu des fautes que l'autre commet dans son administration. Ainsi, il est établi que les débiteurs solidaires en général sont tenus l'un de tous les faits et de toutes les fautes qui constituent de la part de l'autre un manquement à l'obligation contractée ensemble, qu'ils soient solidaires ou *correi.*

La solidarité de deux ou plusieurs dépositaires, moins stricte, comme nous l'avons vu, parce que le dépositaire n'est tenu que de la bonne foi, forme ici exception, en ce sens qu'un dépositaire n'est pas tenu du dol de l'autre (1).

1177. 2° Un second point établi par Mühlenbruch, est que les débiteurs solidaires ne sont pas tenus l'un des conséquences de la demeure de l'autre. En effet, la L. 32, § 4, D. XXII, 1, porte : *Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet* (il s'agit ici d'une corréalité); la L. 173, § 2, D. L, 17, dit dans le même sens : *Unicuique sua mora nocet, quod et in duobus reis promittendi observatur.*

Résulte-t-il de ces textes que la *mora* de l'un des codébiteurs n'aurait pas même pour effet d'obliger l'autre à payer la simple estimation de la chose, si celle-ci périssait après la demeure? Nous avons montré en effet que la demeure commencée a deux effets principaux : 1° de perpétuer l'obligation, de mettre par conséquent aux risques du débiteur la *species* qui est due, de l'astreindre, en un mot, à payer l'estimation quel que soit l'événement; 2° de soumettre le débiteur aux dommages-intérêts qui dans les contrats de

(1) Voyez la L. 1, §§ 1 et 3, D. XVI, 3, et plus haut le n° 1166.

bonne foi sont dûs à partir de l'interpellation, de la sommation, et embrassent tant l'estimation, les frais et accessions, que les intérêts moratoires proprement dits, tandis que dans les contrats *stricti juris*, ils sont dûs seulement à partir de la litiscontestation et sans intérêts moratoires (1).

La question est donc de savoir si la demeure de l'un des débiteurs est absolument sans effet par rapport à l'autre, ou bien si elle entraîne une responsabilité du premier chef et non pas du second.

A ne voir que la L. 32, D. XXII, 1, on devrait dire en général : la demeure de l'un des codébiteurs solidaires ne nuit pas à l'autre, donc ne peut pas même perpétuer l'obligation à son égard, ni par conséquent l'obliger à répondre solidairement de l'estimation de la chose. A la vérité, c'est là le sens de ce texte de Marcien dans sa signification primitive, car il s'agit à la L. 32, d'une obligation corréale; or dans les obligations corréales, dès que le créancier avait choisi son débiteur parmi les *correi debendi*, les autres étaient libérés; donc l'événement même qui eût dû constituer l'un des *correi* en demeure, la sommation ou l'interpellation, libérait les autres (2), et ainsi la demeure de l'un ne pouvait nuire à l'autre.

Mais il en a été autrement depuis de toutes les obligations auxquelles s'applique la L. 8, C. VIII, 41, par laquelle Justinien a exigé pour la libération des codébiteurs qu'il y eût *satisfactio*. C'est pour cela que nous avons vu en traitant du cautionnement, que la demeure du débiteur principal nuit à la caution pour ce qui concerne la chose primitivement promise ou son estimation, mais qu'elle ne lui nuit pas pour l'augment ou accroissement que l'obligation principale peut recevoir de la demeure *ex officio judicis* (3).

Donc la demeure de l'un des débiteurs solidaires ne nuit pas aux autres pour ce qui concerne les dommages-intérêts qui ont leur source dans un fait nouveau, et qu'on distingue de l'obligation de livrer la chose promise ou de payer son estimation, obligation

(1) Voyez plus haut ce que nous avons dit de *la Demeure*, aux nos 387 et suivants.

(2) La *mora* n'avait lieu que par l'interpellation.

(3) L. 24, § 1, D. XXII. 1; — L. 8, D. XIII, 4. — Voyez le no 1133.

qui a sa source dans le contrat. Ces dommages-intérêts sont supportés par le débiteur constitué en demeure : *Unicuique sua mora nocet.* Mais quant à l'obligation de payer la chose, elle ne saurait être effacée par la demeure; au contraire, la demeure perpétue cette obligation, et comme elle était solidaire dans le principe, elle doit rester telle en vertu de la demeure même.

Cette distinction est littéralement consacrée par l'art. 1205 du Code civil.

Le principe est donc que la solidarité principale ne s'étend pas, aux augments non conventionnels dont l'obligation est susceptible par suite de faits postérieurs, tels que la demeure; en ce sens, *mora unius alteri non nocet.* Et ce principe trouve encore une confirmation à la L. 10, § 3, D. XLIX, 1, de laquelle il résulte que la solidarité ne s'étend pas aux dépens du procès dans lesquels les débiteurs solidaires peuvent être condamnés, encore parce que ces dépens ont leur cause spéciale dans le quasi-contrat de la litiscontestation.

Tous ces principes sont consacrés par le droit moderne.

1178. Si une peine est stipulée, les débiteurs solidaires en sont-il tenus les uns pour les autres?

Quelques auteurs professent sur cette question une opinion que nous ne saurions partager. Lorsqu'un débiteur solidaire, disent-ils, a promis une peine, l'autre ne répond pas de cette peine, à moins cependant que les codébiteurs ne soient associés. A l'appui de cette proposition, ils citent les textes d'après lesquels la demeure de l'un des codébiteurs solidaires ne nuit pas à l'autre, ainsi que la L. 34, D. IV, 8.

Nous remarquerons d'abord qu'aucun de ces textes n'est relatif à la clause pénale ajoutée dès le principe à un contrat. La L. 34 se rapporte à un compromis entre l'un des débiteurs solidaires et le créancier, compromis auquel, suivant l'usage, on a ajouté la stipulation d'une peine pour le cas où l'une des parties ne voudrait pas se soumettre à la sentence arbitrale.

En outre remarquez qu'il importe de distinguer :

1° La question de savoir si une peine étant stipulée par le créancier de tous les débiteurs solidaires, tous sont tenus solidairement

de la peine à défaut de l'exécution de l'obligation principale.

2° La question si l'un des débiteurs solidaires s'étant obligé sous clause pénale, les autres sont tenus aussi de la peine.

C'est dans ces derniers termes seulement que Mühlenbruch a posé et résolu la question (1). Or, dans ces termes la question n'en est pas une; elle doit indubitablement être résolue d'une manière négative, car la peine n'étant pas stipulée de tous, chacun n'est tenu que de son engagement; et la solidarité ne saurait frapper sur la peine quels que soient les rapports qui existent entre les débiteurs, qu'ils soient associés ou non. C'est donc hors de propos qu'il cite ici la L. 34, qui se rapporte à une autre hypothèse. Deux débiteurs sont engagés solidairement, l'un d'eux fait un compropris avec le créancier, c'est-à-dire au sujet d'une contestation qu'il a élevée sur la prétention du créancier : il a été convenu qu'on soumettrait à un arbitre désigné la décision du différend. Il y a là un pacte semblable au pacte *de non petendo* qui dès l'instant qu'il est intervenu, paralyse l'action du créancier; aussi la décision est-elle tout-à-fait la même que pour ce pacte. Mais l'autre débiteur qui n'a pas compromis, peut-il opposer au créancier le pacte *de recepto arbitrio?* La L. 34 fait la même distinction qui est faite ailleurs pour le pacte *de non petendo*. La L. 27, D. II, 14, décide que si les codébiteurs solidaires sont associés, le débiteur qui n'a pas compromis peut, de même que le fidéjusseur, opposer l'exception du pacte. En effet, s'il ne pouvait pas l'opposer dans l'espèce, le pacte serait sans effet pour le codébiteur même qui aurait pactisé. On voit qu'il est impossible d'en conclure que la peine promise par l'un des codébiteurs solidaires, est encourue par tous, lorsqu'ils sont associés.

Quant à la question de savoir si la peine, lorsqu'elle a été promise par tous dans une obligation solidaire, peut être poursuivie contre tous, d'après ce que nous avons vu sur les effets de la demeure il faut la résoudre affirmativement, car la peine est due *vi contractûs,* à la différence des dommages-intérêts; tous sont obligés à la peine si la chose n'est pas payée, donc tous la doivent solidairement.

(1) *Doctr. Pand.*, § 492.

1179. Parmi les causes qui éteignent l'obligation solidaire en général, soit obligation corréale, soit obligation solidaire proprement dite, il y en a qui opèrent *ipso jure*, d'autres opèrent *ope exceptionis*. Celles qui opèrent *ipso jure* sont le paiement, l'acceptilation, la novation, la confusion. Celles qui opèrent *per exceptionem* sont le pacte *de non petendo*, la compensation, la litiscontestation, l'exception *rei judicatae*, le serment.

Nous avons vu (1) que quand il s'agit des causes qui éteignent l'obligation *ipso jure*, la question de savoir si toutes les personnes intéressées à l'obligation, peuvent se prévaloir de l'extinction, ne se présente réellement pas, attendu que ces causes font disparaître l'obligation comme si elle n'avait jamais existé. Il en est ainsi du paiement et de l'acceptilation; il en est encore de même de la novation. Cependant, lorsque les créanciers solidaires sont associés, ils ne peuvent éteindre la dette que pour leur part; c'est là une modification que la L. 27, D. II, 14, apporte à la L. 31, D. XLVI, 2. Il en est encore de même de la confusion. Cependant, exceptionnellement aussi, lorsqu'il y a plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers solidaires, la confusion, bien qu'elle opère *ipso jure*, ne fait que détacher une personne de l'obligation, laissant subsister celle-ci par rapport aux autres personnes, de même qu'elle laisse subsister l'obligation principale lorsqu'elle s'opère entre le créancier et la caution. Mais quand elle s'opère entre le créancier et un débiteur unique, non seulement ce débiteur, mais encore la caution est libérée *ipso jure*.

Quand il s'agit au contraire des causes d'extinction qui opèrent *per exceptionem*, c'est-à-dire qui laissent subsister l'obligation en soi, qui ne renferment pas pour le créancier une *satisfactio*, mais qui paralysent l'obligation dans ses effets par cela qu'une autre prétention s'élève contre l'obligation, alors se présente la question de savoir si tous ceux qui sont intéressés dans l'obligation peuvent se prévaloir de l'exception; question dont la solution dépend de la nature de l'exception même. Ainsi, l'exception du pacte *de non petendo*, d'après le principe que les conventions n'ont d'effet qu'entre

(1) Voyez plus haut les nos 938 et suivants.

parties, ne peut être invoquée qu'entre le créancier et celui des débiteurs qui a obtenu la remise. Cependant, la bonne foi a dû étendre cette exception aux personnes qui, si elles payaient, auraient un recours contre le débiteur même gratifié de la remise. Par ce motif, l'exception de ce pacte peut être invoquée par la caution qui n'est pas intervenue *donandi animo,* par le codébiteur solidaire, si les codébiteurs solidaires sont associés, car dans ces deux cas il y aurait recours contre le débiteur qui aurait obtenu la remise, et ainsi cette remise ne profiterait pas même à ce débiteur, ce qui serait contraire à la foi donnée.

Il en est de même de la compensation qui n'est qu'une exception, mais qui étant proposée comme telle, opère *ipso jure* en ce sens, que ses effets rétroagissent jusqu'au moment de la coexistence des deux dettes. En règle générale, ce n'est que le débiteur devenu créancier du créancier qui puisse opposer l'exception de la compensation. Les codébiteurs solidaires ne peuvent pas compenser l'un avec la dette de l'autre, à moins qu'ils ne soient associés (1). La caution peut également compenser avec la créance du débiteur principal. Dans les deux cas le débiteur principal y a un intérêt, attendu qu'il vaut mieux pour lui payer avec une créance, que contracter une nouvelle dette soit envers la caution, soit envers l'associé qui aurait payé.

Quant à la litiscontestation, la *res judicata* et le serment, ces exceptions opèrent à l'égard de tous lorsque l'obligation est corréale, sauf une modification en ce qui concerne la litiscontestation. Ces exceptions n'opèrent pas à l'égard de tous, lorsque l'obligation est simplement solidaire.

A. *Litiscontestatio.* — La question de savoir si la litiscontestation, soit que l'un des débiteurs solidaires ait intenté l'action contre le débiteur, soit que le créancier l'ait intenté contre l'un des débiteurs solidaires, éteint l'obligation à l'égard de tous, fut plus ou moins controversée jusqu'à ce que Ribbentrop eût démontré :

1° Que les textes d'après lesquels la litiscontestation consume

(1) L. 10, D. XLV, 2.

l'action ou est une cause d'extinction absolue, se rapportent tous à l'obligation corréale (1).

2° Que les textes en vertu desquels la litiscontestation ne consume pas l'action, mais la laissent subsister envers les débiteurs non assignés, se rapportent à la solidarité proprement dite (2).

D'après ces textes, la *satisfactio* seule libère les débiteurs non assignés, et non la litiscontestation avec l'un d'eux. Ce principe a été par Justinien étendu à la corréalité passive, de sorte que quand il s'agit de corréalité, il faut faire la distinction suivante : Dans la corréalité active, la litiscontestation du débiteur avec le créancier premier poursuivant, libère le débiteur à l'égard des autres créanciers qui par conséquent n'ont plus le droit de le poursuivre. Le débiteur en payant à l'un d'eux, ne fût-ce qu'une part proportionnelle, ne s'acquitterait pas envers le créancier poursuivant. Mais, quant à la corréalité passive, le créancier qui a poursuivi l'un des *correi* conservera jusqu'à entière satisfaction le droit de poursuivre les autres *correi*, absolument comme dans l'obligation solidaire proprement dite.

B. *Res judicata.* — Voyons l'influence de la L. 28, C. VIII, 41, sur la *res judicata.*

Si le *correus* assigné est absous, la L. 28, C. VIII, 41, ne change rien aux effets de la *res judicata,* l'action sera pleinement consumée; c'est seulement lorsqu'il est condamné, lorsque le droit du créancier est reconnu fondé, que la loi veut que les *correi* non assignés ne seront libérés que dès l'instant où le créancier est satisfait; de telle sorte que même après la L. 28, C. VIII, 41, il y a toujours entre les *correi debendi* et les débiteurs solidaires cette différence, en ce qui concerne la chose jugée, que le jugement absolutoire obtenu par un *correus* profite à tous les autres et leur donne l'exception *rei judicatae,* tandis qu'il en est autrement en cas de solidarité proprement dite.

(1) L. 16, D. XLV, 2; — L. 116, D. XLV, 1; — L. 5, D. XLVI, 1; — L. 31, § 1, D. XLVI, 2; — L. 28, C. VIII, 41.

(2) L. 1, § 10; et LL. 2, 3, 4, D. IX, 3; — L. 5, § 15, D. XIII, 6; — L. 1, § 43, D. XVI, 3; — L. 18, § 1; et L. 24, D. XXVI, 7; — L. 1, §§ 13 et 17; — L. 15 et L. 21, D. XXVII, 3, etc.

A l'égard de deux *correi*, la L. 18, D. XLV, 2, assimilant le serment à la chose jugée, dit : si le débiteur principal a prêté le serment déféré, la caution pourra s'en prévaloir; car la chose jugée profiterait aussi à l'un et à l'autre; tandis qu'à l'égard de plusieurs *mandatores*, la L. 52, § 3, D. XLVI, 1, dit : si de plusieurs *mandatores* l'un a été assigné, les autres ne sont pas libérés pour cela, alors même que l'assigné serait absous. De telle sorte que quant à la *res judicata* et quant au serment, il y a entre les *correi debendi* et les débiteurs solidaires proprement dits, cette différence que le jugement absolutoire et le serment de l'un des débiteurs profitent à tous les *correi*, mais non pas à tous ceux qui sont des débiteurs solidaires proprement dits.

1180. Pour résumer la matière de l'extinction des obligations solidaires et corréales, il faut distinguer trois espèces d'actes :

A. *Paiement et actes équivalents au paiement.* — Ces actes, soit qu'il s'agisse de corréalité ou solidarité, éteignent toute l'obligation d'une manière absolue et par rapport à tous. Tels sont : 1° le paiement, 2° l'*acceptilatio*, 3° la compensation lorsqu'elle a été proposée, car proposée et admise, la compensation est un paiement mutuel; avant d'être admise, elle n'est qu'une exception, désignée par quelques jurisconsultes sous le nom de compensabilité; 4° la novation volontaire ou conventionnelle, car le créancier qui fait volontairement novation, accepte en quelque sorte en paiement une autre créance.

Tous ces actes, à cause de leur similitude avec le paiement, opèrent comme le paiement même (1).

B. Actes qui dans l'obligation corréale comme dans l'obligation solidaire proprement dite, n'ont de l'effet que par rapport à certaines personnes qu'ils touchent particulièrement. — Ainsi le pacte *de non petendo*, la compensation, la confusion dans plusieurs cas (lorsqu'elle a lieu entre créancier et caution, ou entre créancier et un débiteur solidaire non associé), enfin la *capitis deminutio* (2).

(1) L. 3, D. XLV, 2; — L, 2, D. *eod.* — L. 31, D. XLVI, 2.

(2) Keller, § 52; — Ribbentrop, § 5. — L. *ult.*, D. XLV, 2; — L. 10, D. *eod.* — L. 71, D. XLVI, 1.

C. Les actes qui atteignent l'obligation objectivement, mais qui ne sauraient être assimilés au paiement, qui ne constituent pas pour le créancier une *satisfactio*. — Tels sont : 1° la litiscontestation ou la novation nécessaire, 2° la *res judicata*, 3° le serment (1).

Ici une différence se fait remarquer entre les obligations corréales et les obligations solidaires proprement dites. Comme dans cette dernière espèce d'obligations on a suivi le principe que ni l'élection de l'un des débiteurs ni la litiscontestation ne libèrent les autres, mais seulement la *satisfactio* du créancier, il devait en résulter que le jugement qui suivait la litiscontestation ne le libérât point, ni enfin le serment, qui est assimilé au jugement. Ce sont là des conséquences de ce que dans l'obligation solidaire proprement dite il y a pluralité d'obligations, quoiqu'il n'y ait qu'un seul objet dû, et qu'un seul paiement libère tous les débiteurs.

Dans l'obligation corréale il en est autrement. L'unité de l'obligation devait, avant Justinien, faire consumer toute l'obligation par la contestation du litige, d'où la conséquence aussi que tous les *correi* pouvaient se prévaloir de l'exception *rei judicatae* et du serment qui y est assimilé; ce que Justinien n'a modifié qu'au cas où la litiscontestation amène la condamnation du débiteur, puisqu'alors tous ne sont libérés que lorsque le créancier dont la prétention a été reconnue fondée, est satisfait (2).

(1) L. 26, L. 27, L. 28, D. XII, 2. — Ribbentrop, p. 26.
(2) L. 18, D. XLV, 2; — L. 32, § 3, D. XLVI, 1; — L. 28, C. VIII, 41.

DE LA CESSION DES CRÉANCES.

ORIGINE ET DÉFINITION DE LA CESSION DES CRÉANCES.

Sommaire.

1181. La nature de toute obligation s'oppose à ce qu'un créancier puisse succéder à un autre *titulo singulari.* — Toutefois on peut faire valoir à son propre avantage la créance d'un tiers; en ce sens, la créance peut être cédée.

1182. Du temps des *legis actiones,* le seul moyen de commercer avec une créance fut la novation, la délégation. — Changements amenés par l'introduction de la procédure formulaire et notamment de la faculté accordée aux parties de se faire représenter en justice. — Formule que dressait le Préteur, lorsque le créancier était représenté par un *procurator.*

1183. Dans cette formule se trouve l'idée fondamentale de la cession. Cependant la procuration *ad litem* par elle-même n'a pu donner au cessionnaire qu'un droit précaire, car ce droit était sujet à s'évanouir par l'extinction du mandat ou par sa révocation implicite, lorsqu'un de ces événements arrivait avant que le *procurator* eût contesté le litige. Il y fut remédié par la *denuntiatio* et par les *actiones utiles.* — Cas où celles-ci furent accordées.

1184. L'*actio utilis* n'empêche pas que le cessionnaire ne doive être considéré comme poursuivant la créance d'autrui.

1185. Comment il faut définir la cession.

1181. Comme on ne stipule que pour soi et ses héritiers, que dès lors tout débiteur n'est engagé qu'envers le stipulant et les héritiers de celui-ci, il s'ensuit que si l'on fait abstraction du droit d'hérédité ou de succession universelle, un second créancier ne peut jamais sans le consentement du promettant, c'est-à-dire sans novation, sans délégation, venir prendre la place du premier; qu'en

d'autres termes, si le consentement du débiteur n'est pas intervenu pour accepter le nouveau créancier comme tel, celui-ci ne pourra faire valoir son droit que comme mandataire et agissant au nom du créancier cédant, soit qu'il ait réellement obtenu un tel mandat *ad agendum*, soit que la loi dans certains cas présume l'existence d'un tel mandat (nº 1204). De là il résulte ultérieurement que le débiteur ne sera jamais obligé d'exécuter son obligation autrement qu'il ne l'eût exécutée envers le créancier cédant, et qu'il pourra se défendre envers le cessionnaire comme il eût pu le faire envers le cédant. En un mot la cession étant un acte auquel le débiteur est demeuré étranger, ne saurait lui porter aucun préjudice conformément à la règle : *inter alios acta aliis nec nocent nec prosunt*. C'est là l'idée fondamentale de ce qu'on appelle cession ou transport des créances; cession qui diffère essentiellement de la délégation, en ce que la cession s'opère sans le consentement du débiteur, tandis que la délégation suppose son consentement et opère novation. De là naissent encore d'autres différences que nous avons déjà indiquées et sur lesquelles nous aurons à revenir plus loin (1).

De ce que, conformément à la nature de l'obligation, tout débiteur n'est obligé qu'envers la personne de son créancier et envers ses héritiers, il suit qu'à la différence du droit de propriété, l'obligation n'est pas susceptible d'une succession proprement dite, à titre particulier; car, s'il se peut à la vérité qu'un nouveau créancier vienne prendre la place d'un autre, cela n'a lieu pourtant qu'à la condition que l'ancienne obligation cesse d'exister, et qu'il se forme une obligation nouvelle, novation qui dans son espèce est une délégation, c'est-à-dire un acte par lequel un créancier délègue son débiteur à un tiers qui l'accepte, de sorte que le débiteur délégué a dans le délégataire un nouveau créancier.

1182. Dans l'ancien droit romain et dans la période des *legis actiones*, la délégation était le seul moyen, je ne dirai pas de transférer une créance, puisqu'à proprement parler la créance qui devait être cédée s'éteignait par la délégation même, mais de *commercer*

(1) Voyez les nos 1031 et 1204 et suivants.

avec une créance; et ce moyen était soumis à des entraves gênantes pour le commerce, car il exigeait le consentement du débiteur.

Lors de l'introduction de la procédure formulaire, qui permit aux parties, tant au demandeur qu'au défendeur, de se faire représenter en justice (les *legis actiones* n'admettaient point de représentation), un second moyen se présenta pour faire passer à une autre personne le bénéfice d'une créance, ce fut le mandat, la *procuratio ad litem*. Cette procuration, lorsqu'elle n'avait pas pour but la représentation du créancier absent ou empêché, mais qu'elle avait pour but de faire passer le bénéfice de la créance au représentant, s'appelait *procuratio in rem suam*. C'est dans la formule que le Préteur dressait lorsque le créancier était représenté par un *procurator*, que se trouve exprimée l'idée fondamentale de toute cession. En effet, lorsque le *procurator* venait représenter le créancier, il ne s'agissait pas d'examiner si le défendeur était débiteur du *procurator*, mais il s'agissait de voir s'il devait quelque chose au mandant. Donc, quoique le *procurator*, par la litiscontestation, c'est-à-dire par la rédaction de la formule, devînt *dominus litis*, et que la partie de la formule relative à la *condemnatio*, fût conçue en son nom, de sorte que lui seul acquérait l'*actio judicati* (1), cependant l'*intentio*, c'est-à-dire le fait d'où dépendait la condamnation, était conçue au nom du mandant, du représenté. Ainsi, supposez que le créancier soit Maevius, le *procurator* Titius, le débiteur Negidius, la formule était : *Si paret Negidium Maevio decem dare oportere, judex Negidium Titio decem condemna; si non paret, absolve* (2).

1183. La faculté de plaider par *procurator* accordée à Rome depuis le système formulaire, rendit donc possible la cession des créances sans l'intervention ni le consentement du débiteur, et cela d'une manière conforme à ce qu'exigeait la nature de l'obligation, qui n'admet pas de successeur proprement dit à titre particulier. En effet, le créancier, le cédant, malgré le *mandatum agendi*, de-

(1) L. 4, D. XLIX, 1; — L. 22 et L. 23, C. II, 13.
(2) Gaius, *Comm.* IV, § 86.

meurait créancier; c'était en son nom qu'était conçue la formule, ce qui exclut toute idée de succession proprement dite; et cependant le *procurator* acquérait tous les avantages de la créance avec le *dominium litis* que lui assurait la litiscontestation; enfin la position du débiteur n'était point changée, car il conservait le même créancier, aucun lien nouveau d'obligation ne l'attachait; il se défendait et accomplissait son obligation, absolument comme si le créancier avait été personnellement en cause.

C'était là un grand pas de fait vers la cession telle que nous la trouvons dans le droit de Justinien. Le transport de la créance pouvait se faire indépendamment de la volonté du débiteur par la voie de la *procuratio ad litem;* mais le mandat étant susceptible de s'éteindre par la mort des parties, et le cessionnaire n'étant saisi du *dominium litis* qu'en vertu de la litiscontestation, il en résultait que jusqu'à ce moment la position du cessionnaire demeurait précaire, et d'autant plus précaire que le mandant lui-même pouvait prévenir l'exécution du mandat, soit en intentant l'action lui-même, soit en transigeant avec le débiteur, soit en compromettant, en novant, en compensant avec lui, ou en recevant le paiement de la créance. Il restait à assurer le droit du cessionnaire contre de telles éventualités; c'est-à-dire :

1° Contre les actes par lesquels le mandant ou cédant, malgré le mandat donné, pouvait rendre l'exécution du mandat impossible. — Le cessionnaire ou le *procurator* a trouvé une garantie quant à ces actes, dans la *denuntiatio,* c'est-à-dire dans la dénonciation de son mandat ou de la cession au débiteur (notification du transport). Cette *denuntiatio* avait pour objet de rendre le mandat irrévocable, car dès ce moment, si le débiteur payait le créancier ou s'il transigeait avec lui, il ne se libérait plus envers le cessionnaire (1).

2° Contre l'extinction du mandat par la mort du mandant ou du mandataire. — A cet égard le mandataire a été garanti par les *utiles actiones.* En cas de mort, les *utiles actiones* ont été accordées aux héritiers du mandataire, absolument comme si le mandat

(1) L. 4, C. VIII, 17.

n'était pas éteint; ces héritiers ont pu poursuivre la créance comme s'ils étaient mandataires eux-mêmes. Cela fut d'abord admis dans les cessions à titre onéreux, mais Justinien l'a étendu à toutes les cessions, même à celles qui sont faites *donationis causa* (1).

Les actions utiles furent accordées non seulement au cas où le mandat *ad agendum* était éteint par la mort du mandant ou du mandataire, elles le furent encore dans des cas où aucun mandat n'avait encore été donné, où aucune cession n'avait été faite, mais où le mandat cependant aurait dû être donné, en vertu d'un titre qu'on avait acquis à cet effet et qui obligeait à la cession des créances. Il paraît que l'*actio utilis* fut la première fois accordée en pareil cas à l'acheteur d'une hérédité pour actionner le possesseur; ce que l'analogie ne tarda pas à étendre à d'autres cas semblables, par exemple, au cas de vente d'une créance (2); au cas d'une constitution de dot ayant pour objet une créance (3); au cas de dation en paiement d'une créance (4) et au cas de legs d'une créance (5); et, en général, dans le système de Justinien, on doit admettre que cela s'étend à tous les cas où il existe un motif juridique pour lequel une cession doit se faire.

Enfin, il y eut des cas où indépendamment même d'un pareil motif juridique, les actions utiles furent accordées *vi legis*, où la loi fait donner en quelque sorte la cession des actions, *cessio legis*; par exemple si un d'entre des débiteurs qui ne sont pas *correi*, mais solidaires proprement dits, a payé la dette solidaire, il a pour exercer son recours l'action *utilis* de la créance contre le codébiteur, comme si cette créance, au lieu d'être payée, lui avait été cédée (6).

1184. Nous venons de distinguer trois cas où l'action utile est accordée : 1° Mandat éteint. — 2° Mandat non donné, mais devant être donné en vertu d'un titre : vente, donation, legs. — 3° *Cessio legis*.

(1) L. 33, C. VIII, 54.
(2) LL. 1 et 2, C. VIII, 10.
(3) L. 2, C. IV, 10.
(4) L. 5, C. IV, 15.
(5) L. 18, C. VI, 37.
(6) Voyez plus haut le n° 1184.

Mais quel que soit le cas où l'action utile est donnée, ce qu'il importe de remarquer, c'est que la position du débiteur vis-à-vis du cessionnaire est toujours la même; il se défendra et accomplira son obligation comme si le cédant en poursuivait l'exécution. L'action utile n'a pour objet que de faire envisager le créancier comme mandant, elle ne repose que sur une cession présumée; ce serait une erreur que de vouloir établir une différence entre le cas où le cessionnaire agit *procuratoris nomine* et celui où il agit en vertu d'une action utile, comme si dans ce dernier cas le cessionnaire était réellement devenu successeur du créancier à titre particulier : Mühlenbruch a réfuté cette erreur (1). De ce cas où la cession est légale, il reste vrai de dire que le cessionnaire, au moyen de l'*actio utilis*, ne fait que poursuivre l'exécution de la créance d'autrui, et que vis-à-vis du débiteur il demeure *procurator*, quoique du reste il agisse *in rem suam*.

1185. D'après ce qui vient d'être dit, la cause de la cession est ou la convention, ou le testament, ou la loi. Il n'est plus nécessaire, dans la législation de Justinien, qu'un mandat ait été donné à cet effet. Dans les cas où d'après un titre, soit vente, donation, legs, la cession aurait dû être faite, le mandat est présumé donné, ainsi que dans d'autres cas où la loi accorde un recours qui est fondé également sur un mandat présumé donné *ad agendum*.

D'après cela, la cession est le droit que quelqu'un (le cessionnaire) tient de la convention ou de la loi, de poursuivre à son profit, par voie d'action ou d'exception, le paiement ou l'avantage qui peut résulter de la créance d'autrui.

Nous aurons maintenant à voir quelles créances peuvent être cédées, puis combien on distingue d'espèces de cessions et enfin quels effets la cession produit.

(1) Voyez son *Traité de la Cession*, §§ 16 et 17.

QUELLES CRÉANCES ON PEUT CÉDER.

Sommaire.

1186. En règle générale, toute créance est cessible. — La créance naturelle est cessible comme la créance civile; —

1187. L'obligation incertaine et future, comme l'obligation certaine; —

1188. L'obligation indéterminée, alternative ou générique, comme celle qui a pour objet une chose déterminée en son espèce. — Mais dans la créance alternative ou générique, si le créancier a le choix, ce choix passe-t-il au cessionnaire?

1189. L'obligation *ex delicto* peut être cédée comme celle *ex contractu*. — L. 18, D. XLIII, 16, expliquée.

1190. L'obligation née d'une violation du droit de propriété ou d'une contestation sur ce droit, peut être cédée tout aussi bien que toute autre obligation.

1191. L'obligation qui a son fondement dans un droit personnel et intransmissible par lui-même, peut également être cédée. — Restitution en entier.

1192. Droits et obligations qui forment exception et qui ne sont pas susceptibles d'être cédés. — Est-il possible d'établir une règle générale? La règle : ce qui n'est pas transmissible aux héritiers, n'est pas cessible, et ce qui est transmissible est cessible, conduit à de fausses conséquences.

1193. Distinctions établies par Mühlenbruch.

1194. Des droits et créances qui sont absolument incessibles, parce qu'ils ne sont pas compris dans le patrimoine. *Actiones populares, actiones vindictam spirantes.*

1195. L'action en révocation d'une donation pour ingratitude, est-elle incessible en droit français?

1196. Des droits et actions qui sont absolument incessibles, par conséquence de la loi, par la nature du droit même, ou par la volonté de l'homme qui les attache inséparablement à la personne.

1197. Suite. — Dissentiment avec Mühlenbruch.

1198. Suite. — Droits attachés à la personne par la volonté de l'homme.

1199. Droits et actions incessibles à cause de leur nature accessoire.

1200. Droits et actions incessibles d'une manière absolue, ou à de certaines conditions : — 1° cession *ad potentiorem*.

1201. 2° Créance du tuteur contre le pupille.

1202. 3° Créance litigieuse.

1186. En règle générale, toutes les créances sont cessibles, sans distinction de la diversité de leur cause, de leur effet ou de leur objet.

Les obligations naturelles peuvent être cédées tout aussi bien que les obligations civiles. Comme le cessionnaire, lorsqu'une obligation civile lui est cédée, peut la faire valoir par voie d'exception aussi bien que par voie d'action, rien ne s'oppose à ce que l'obligation naturelle puisse être cédée, car si le cessionnaire ne la peut faire valoir par voie d'action, il pourra en faire son avantage par voie d'exception, de compensation, etc. (1).

1187. Les obligations incertaines, c'est-à-dire conditionnelles ou futures, peuvent être cédées tout aussi bien que les obligations certaines, pures et simples. *Spem futurae actionis,* dit la L. 3, C. VIII, 54, *plena intercedente donatoris voluntate, posse transferri, non immerito placuit* (2).

1188. Les obligations indéterminées, les obligations génériques et alternatives, peuvent être cédées aussi bien que celles qui ont pour objet une chose déterminée dans son espèce.

Mais lorsque dans une telle obligation le choix appartient au créancier, ce choix peut-il être exercé aussi par le cessionnaire?

Cette question est encore aujourd'hui plus ou moins controversée (3). Cependant, sur le fondement de la L. 75, § 3, D. XXX, on doit se prononcer pour l'affirmative. Le créancier d'une alternative à son choix, lègue sa créance; l'héritier à qui le choix passe (4), fait pour exécuter le legs cession de la créance alternative au légataire: le légataire cessionnaire de la créance a aussi le choix, dit la L. 75, § 3, D. XXX. En effet, le débiteur ne saurait se plaindre de ce choix, car le créancier aurait pu choisir comme le cessionnaire prétend le faire; donc le choix du cessionnaire n'ajoute rien à l'obligation, ne donne pas à l'obligation une extension qu'elle n'avait pas dans son principe. Le cessionnaire ne saurait poser un fait que le cédant lui-même n'aurait pu poser;

(1) L. 40, D. XXVI, 1; — L. 17, D. XVIII, 4; — L. 40, § 3, D. XXXV, 1.
(2) Comp. L. 5, D. XVIII, 4.
(3) Voyez Muhlenbruch, *Traité de la Cession*, § 24.
(4) L. 76, D. XLV, 1.

voilà ce qui limite le droit de ce cessionnaire; mais de là suit aussi que le cessionnaire peut exercer le choix du cédant, car quelle que soit l'espèce qu'il choisisse, comme le cédant aurait pu en faire autant, ce choix devra être respecté par le débiteur.

1189. Les obligations *ex delicto* peuvent être cédées aussi bien que celles qui ont leur cause dans une convention.

La L. 18, D. XLIII, 16, n'est pas contraire à cette règle. Voici l'espèce de cette loi : le propriétaire d'un fonds après l'avoir donné en location, le vend et autorise l'acheteur à en prendre possession. Remarquons ici que vis-à-vis du *conductor*, le propriétaire, le *locator* a ce droit, puisqu'on ne transfère pas, à titre de louage, les droits de possession, sauf cependant les dommages-intérêts dont le *locator* se rend passible en pareil cas, en vertu de l'action *conducti*. Toute la L. 18 est l'application de la maxime : vente passe louage. L'acheteur qui en vertu de l'autorisation qu'il tenait du propriétaire, seul possesseur du fonds, a voulu en prendre possession, est repoussé par le fermier; mais quelque temps après, l'acheteur veut de force expulser ce fermier : que faut-il décider quant aux interdits *unde vi?* En fait, il y a deux *dejectiones* successives; il en résulte que d'abord le vendeur a l'interdit *unde vi* contre le fermier, parce que la *dejectio* que le fermier a exercée contre l'acheteur, est censée exercée contre le vendeur lui-même. *Nihil interest,* dit la loi, *ipsum (venditorem), an alium ex voluntate ejus missum intrare prohibuerit.* Ensuite, d'après la même loi, l'acheteur est passible de l'interdit à l'égard du fermier, car le fermier par la *dejectio* exercée contre le vendeur, est devenu possesseur; et comme il suffit d'être possesseur pour avoir l'interdit, il est évident que le fermier, dans l'espèce, doit avoir l'interdit contre l'acheteur, d'autant plus que si la possession du fermier est violente, elle ne l'est cependant pas à l'égard de l'acheteur (1). Donc l'interdit est fondé contre ce dernier : *emptorem quoque qui postea vim adhibuit, et ipsum interdicto colono teneri.*

Mais si l'acheteur, dit le même texte, est passible de l'interdit

(1) Voyez ce que nous avons dit de l'interdit *unde vi* dans la partie de la *Possession*, nos 69 et suivants.

unde vi du chef de la *dejectio* qu'il a exercée contre le fermier, ne pourra-t-il pas exciper contre l'interdit si après avoir été repoussé d'abord par le fermier, il a, du consentement du vendeur, usé de force pour se mettre en possession? Non, car il aurait agi en exécution d'un mandat illicite. En effet, c'est seulement *incontinenti* qu'on peut opposer la force à la force; c'est seulement lorsqu'on reste sur la défensive; on ne peut pas recourir à la force pour prendre l'offensive, une telle violence n'eût-elle pour but que de procurer à celui qui l'emploie, la satisfaction d'un droit, car on ne peut pas se faire justice à soi-même.

Nous sommes en droit de conclure de cette analyse qu'il est impossible de trouver dans ce texte rien qui soit relatif à la cession d'une créance. Deux hypothèses ont été examinées :

Première hypothèse. — D'abord, le vendeur a autorisé l'acheteur à prendre possession du fonds. Un tel mandat n'a rien que de licite, car comme le fermier ne devient pas possesseur, le *locator* peut ultérieurement, sauf les dommages-intérêts dont il se rendra passible, disposer légitimement de la possession au profit d'un tiers. C'est ce qu'il a fait, et c'est parce qu'une telle disposition est légitime, que le fermier en repoussant l'acheteur a commis une *dejectio :* de là *interdictum unde vi* contre le fermier au profit du vendeur qui a subi la *dejectio* dans la personne de l'acheteur (1). Il y a bien ici mandat, mais pas de mandat *ad agendum,* il n'y a pas cession de créance.

Deuxième hypothèse. — On suppose qu'après la *dejectio* exercée par le fermier, le vendeur ait derechef autorisé l'acheteur à expulser le fermier. Un tel mandat sera nul, dit la L. 18; le vendeur n'avait pas le droit d'employer la force lui-même pour entrer dans une possession qu'il avait perdue; donc il ne pouvait pas autoriser à cet effet l'acheteur; et c'est pour cela que ce dernier est lui-même passible de l'interdit à l'égard du fermier. Ici, encore moins qu'au cas précédent, il ne pouvait être question de la cession d'une créance. Il n'y aurait eu cession de créance, que si l'acheteur après la *dejectio* commise par le fermier de l'un, s'était fait céder du

(1) L. 12, D. XLIII, 16.

vendeur l'*interdictum unde vi,* mais c'est ce que l'acheteur n'a pas fait. Il n'est donc aucunement question de cession d'action, et par conséquent il ne peut résulter de cette loi que l'action née d'un délit, d'une *dejectio* par exemple, ne soit pas cessible.

1190. On peut céder les créances qui naissent de la violation ou de la contestation des droits réels, les actions revendicatoires tout aussi bien que les créances qui naissent de contrats et de délits. Lorsqu'on compare avec la L. 9, C. IV, 39, les fragments d'anciens jurisconsultes, recueillis au Digeste, aux LL. 21 et 63, D. VI, 1, et L. 35, § 4, D. XVIII, 1, on a le droit de s'étonner que plusieurs auteurs de mérite, parmi lesquels nous trouvons Glück (1), aient pu soutenir que ce n'est que par Justinien qu'a été introduite la cession des actions réelles; ce qui a donné naissance en outre à cette erreur, que la cession de la revendication donnait seulement au cessionnaire l'*utilis in rem actio :* à quoi Voet (2) ajoute qu'elle transporte sur le chef du cessionnaire le *dominium utile;* tandis que d'autres font remarquer que, de ce que l'action *utilis in rem* est transportée, il ne suit pas que l'*utile dominium* le soit.

Toutes ces opinions proviennent de ce qu'on n'a pas compris le rôle de l'action utile en matière de cession. Cette action, comme nous l'avons vu, a pour but, pour fonction, soit de faire subsister le mandat *ad agendum,* malgré la mort du mandant ou du mandataire, soit de faire présumer légalement que ce mandat est intervenu là où il n'est pas intervenu de fait, mais où il aurait dû intervenir en vertu d'un titre, vente, donation ou legs, soit de donner un recours à celui des débiteurs solidaires qui a payé sa dette et en même temps celle du codébiteur (solidarité proprement dite). Or, la L. 9, C. IV, 39, se rapporte à un cas où l'action utile est accordée parce que le mandat est présumé donné là où il devait l'être en vertu d'un titre, qui ici est la vente; et Justinien veut que cette présomption s'applique au cas où une action réelle a été vendue, tout aussi bien qu'au cas où la vente a eu pour objet

(1) Glück, *Pand.*, XVI, p. 380. — Comp. Muhlenbruch, *Cession*, p. 246 (3e éd.).
(2) Voet *ad Pand.*, XVIII, 4, n. 4.

une action personnelle. Justinien dit : c'est un point de droit certain et indubitable, que de même que celui qui achète une action personnelle, est autorisé à l'intenter *utiliter* en son nom, ainsi celui qui achète une action réelle, jouira de la même faculté. Cela veut dire : il est certain que de même que celui qui a acheté une action personnelle, est censé avoir été constitué mandataire *ad agendum*, quoique de fait il n'ait pas reçu mandat et agisse en son propre nom, ainsi celui qui a acheté une action réelle, est aussi censé avoir reçu mandat à cet effet : *Utilis actio*, dans ce texte, ne veut pas dire que le cessionnaire intentera la revendication utile, encore moins qu'il acquiert le *dominium utile*, mais que l'acheteur intentera l'action du vendeur, comme si mandat lui avait été donné à cet effet. Que l'action réelle aussi bien que l'action personnelle ait pu être l'objet d'une cession, cela ne fut jamais douteux, ni du temps de Justinien, ni avant lui, ainsi que le prouvent des textes nombreux (1).

Ce qui a pu autrefois être l'objet d'un doute, c'était de savoir si l'acheteur pouvait intenter l'action qui devait lui être cédée, déjà dès avant que le cédant lui avait donné le mandat *ad agendum*, car nous savons qu'Antonin le Pieux a d'abord autorisé l'acheteur d'une succession à agir indépendamment de tout mandat *ad agendum;* mais ce point était devenu du temps de Justinien de droit certain et général; il avait été admis que dans tous les cas où une action devait être cédée en vertu d'un titre, soit action personnelle soit réelle, cette action pouvait être intentée, le mandat *ad agendum* n'eût-il pas encore été donné. L'action que l'acheteur, le donataire, le légataire intentait alors en son propre nom, mais de la même manière que si le cédant l'avait intentée lui-même, et de manière qu'elle pût être combattue par les mêmes défenses et exceptions, s'appelait *actio utilis*. Tel est le sens de la L. 9, C. IV, 39.

Ainsi il n'est point douteux que l'action réelle peut être cédée comme l'action personnelle, et que, comme celle-ci, elle est censée cédée par cela seul qu'elle doit l'être en vertu d'un titre. Pas de

(1) L. 35, § 4, D. XVIII, 1; — L. 21, et L. 63, D. VI, 1, etc.

doute encore que, comme dans toute cession, soit légale, soit conventionnelle, le cessionnaire ne soit envisagé comme *procurator ad litem*, et que le défenseur ne puisse lui opposer toutes les défenses et exceptions qu'il eût pu opposer au cédant; qu'enfin le cessionnaire ne retire tout l'émolument de l'action, le droit de propriété, s'il s'agit de revendication, et les dommages-intérêts qui peuvent être adjugés le cas échéant.

Mais remarquons ici, d'abord, que ce ne sera pas la cession qui aura rendu le cessionnaire propriétaire de la chose revendiquée, mais la possession jointe au titre sur lequel la cession repose. D'un autre côté, comme l'hypothèque n'est pas un droit qui subsiste par lui-même, ce droit en lui-même ne saurait être cédé ou transféré; il ne peut l'être qu'avec la créance dont il est l'accessoire. C'est pour cela qu'on ne succède pas dans ce droit en vertu d'un titre particulier, de même qu'on ne succède pas, à pareil titre, dans un droit de créance. Le cessionnaire d'une créance munie d'hypothèque, dit la L. 8, C. IV, 39, soit qu'il agisse directement ayant un mandat, soit qu'il agisse *utiliter*, ayant dû recevoir mandat, n'acquiert pas le droit d'hypothèque, il n'acquiert que le droit d'exercer l'action hypothécaire au nom du cédant, c'est-à-dire comme le cédant aurait exercé lui-même, de même qu'il exerce l'action personnelle de la créance *exemplo creditoris*.

Ainsi, on ne succède pas dans le droit d'hypothèque, comme on ne succède pas dans le droit de créance; on ne succède *titulo singulari* que dans la propriété des choses, et cela non par l'effet de la cession de l'action réelle, mais en vertu du titre qui sert de base à la cession et en vertu de la possession. Ce qui prouve d'ailleurs qu'on n'acquiert pas de droits réels en vertu de la cession, c'est que s'il en était autrement, la cession des actions réelles aurait dû être comptée aussi parmi les modes d'acquérir le droit de propriété.

1191. Sont susceptibles de cession non seulement les droits, créances et obligations qui ont leur cause soit dans des contrats, délits, quasi-contrats, quasi-délits, soit dans une contestation élevée sur la propriété, mais encore les droits ou actions qui ont

leur cause dans un privilége, ce privilége fût-il personnel. Ainsi, bien que le privilége de minorité soit un *beneficium aetatis* et par conséquent inséparable en lui-même de la personne du mineur, ce privilége, si le mineur a posé des actes d'où naissent des droits, fait naître aussi des actions qui sont cessibles et se transmettent aux héritiers (1).

Lorsque, dit la L. 24, D. IV, 4, un mineur est, de son propre mouvement et sans mandat, intervenu dans les affaires d'un tiers et qu'il a contracté, s'il refuse de demander la restitution en entier contre les personnes avec lesquelles il a contracté, la personne dont il a géré les affaires pourra, au moyen de l'action *negotiorum gestorum,* le forcer à lui faire cession du bénéfice de la restitution, afin, dit le texte, que cette personne ne souffre pas de la gestion du mineur, et que le mineur n'en souffre pas lui-même.

1192. Si donc, en règle générale, comme nous venons de le montrer, les droits et actions sont cessibles, il y a cependant des exceptions à la cessibilité. Est-il possible de les ramener à quelque formule, à quelque règle générale? On l'a essayé : c'est ainsi qu'on a dit que les droits qui ne passent pas aux héritiers ne sont pas cessibles, et que les droits passant aux héritiers, sont cessibles.

Nous pensons qu'on aurait tort de contester qu'il y a entre la transmissibilité du droit par succession et la cessibilité une grande analogie; car certainement, s'il n'était question que des droits qui s'appellent *jura statûs,* c'est-à-dire des facultés qui constituent l'état des personnes, qui rattachent les personnes à l'ordre de la famille ou de la cité, et qui sont si étroitement unies à la personne et à la position qu'elle occupe, qu'ils s'éteignent avec elle, l'on pourrait dire que ces droits, non-transmissibles aux héritiers, sont aussi incessibles. Mais quand il s'agit des droits en général, des *jura patrimonii* aussi bien que des *jura statûs,* la transmissibilité aux héritiers et la cessibilité ne sont plus des idées tout-à-fait adéquates. C'est pourquoi on a eu raison de critiquer

(1) L. 18, § *ult.*, D. IV, 8; — L. 6, D. IV, 1; — L. 24, D. XLIV.

la règle que nous venons de citer, comme pouvant conduire à de fausses conséquences. C'est ainsi d'un côté, que l'usufruit, bien qu'il ne soit pas transmissible aux héritiers, est cependant un droit cessible (1). C'est ainsi que, d'un autre côté, les droits litigieux, transmissibles aux héritiers, sont cependant des droits qui n'admettent pas de cession (2). La question de la non-cessibilité des droits et actions exige donc une analyse plus exacte et comporte des distinctions qu'il nous faut rechercher.

1193. A cet égard, Mühlenbruch qui a fait sur la cession un traité spécial très-estimé, distingue des droits et actions qui sont incessibles d'une manière absolue, et d'autres qui ne le sont que d'une manière relative et à de certaines conditions.

Les obligations incessibles d'une manière absolue se réduisent, d'après lui, à ces trois chefs principaux :

1° Les droits et créances qui ne sont pas comptés parmi les droits dont se compose le patrimoine.

2° Les droits et actions qui, bien qu'ils se rapportent au patrimoine, sont inséparablement attachés à la personne, soit par la loi, soit par la nature du droit ou la volonté de l'homme.

3° Les droits qui ne sont que l'accessoire d'un autre droit.

1194. Dans la première catégorie, dans celle des droits, créances ou actions qui ne sont point comptés parmi les droits dont se compose le patrimoine, on range :

a. Les *actiones populares.*

b. Les *actiones vindictam spirantes,* telle que l'action *injuriarum,* à laquelle on peut assimiler la *querela inofficiosi testamenti* et l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude. De telles actions ne sont ni transmissibles ni cessibles avant la litiscontestation; à l'exception de la *querela inofficiosi,* qui avant la litiscontestation est transmissible aux héritiers.

On conçoit aisément que les actions populaires ne sont pas dans le patrimoine, car étant au pouvoir de tous et de chacun de les exercer, ces actions ne sont réellement le bien de personne.

(1) L. 12, § 2; et L. 67, D. VII, 1.
(2) L. 2, C. VIII, 37.

D'ailleurs, à quoi servirait la cession, puisque chacun peut exercer une telle action aussi bien en son nom qu'en celui du cédant? C'est pourquoi la L. 5, D. XLVII, 23, porte que pareille action ne pourra être intentée par procureur.

Mais que l'action *injuriarum*, la *querela inofficiosi*, la révocation pour cause d'ingratitude, ne soient pas dans le patrimoine, et que de ce chef elles ne puissent être cédées, c'est ce qui se comprend moins, puisque l'on regarde généralement comme faisant partie du patrimoine tous les droits qui compètent aux particuliers comme tels, lorsqu'ils sont estimables à prix d'argent. Or l'action *injuriarum* entraîne une peine pécuniaire, et les deux autres, la *querela* et l'action révocatoire, sont certainement aussi des actions estimables à prix d'argent. Cependant, malgré ces caractères, le droit romain a voulu que ces actions ne pussent être cédées, parce qu'il les considère comme tendant à protéger des biens qui sont regardés comme devant être classés au-dessus des droits qui composent le patrimoine, à savoir : l'honneur, la piété, la gratitude (1). Évidemment, c'est là une disposition qui a sa source dans les mœurs du peuple romain. Pour comprendre le caractère de ces actions, il faut remarquer que l'action *injuriarum* était une action pénale, et que la *querela inofficiosi* reposait sur la présomption que le testateur qui avait outragé son propre sang, était frappé de démence. Enfin l'on concevra aussi le caractère particulier de l'action révocatoire, si l'on remarque que cette action ne s'exerçait en principe qu'entre le patron et le client, l'enfant et le *parens;* et que ce ne fut que sous Justinien qu'on l'étendit à toute espèce de donation (2).

1195. En droit français les actions qui correspondent aux actions du droit romain dont nous venons de nous occuper, sont-elles cessibles ou non?

La question ne présente quelque difficulté que par rapport à la dernière de ces actions, la demande en révocation d'une dona-

(1) L. 28, D. XLVII, 10; — L. 32. D. XXXV, 2; — L. 1, § 8, D. XXXVIII, 5; — L. 7, et L. 10, C. VIII, 56.

(2) Voyez plus haut les nos 922 à 924, et L. 10, C. VIII, 56; — LL. 2, 4, 6, Cod. Theod., VIII, 13.

tion pour ingratitude. Nous n'hésitons cependant pas à admettre que l'action est cessible du gré du donateur. Mais elle ne pourrait point être exercée contre son gré par ses créanciers en vertu du principe que les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur. Le motif en est que lors que le donateur se tait, toutes les preuves qu'on fournirait de l'ingratitude seraient incomplètes et irrelevantes, la volonté et en quelque sorte la plainte du donateur étant dans l'esprit de la loi une condition requise pour que l'action soit ouverte (1).

1196. La seconde catégorie de droits et actions incessibles comprend les droits que la loi, la nature du droit même, ou la volonté de l'homme ont inséparablement attachés à la personne.

Dans cette catégorie, il faut ranger le droit aux aliments et le droit d'usage (2). En effet, ces deux droits ne sont établis que pour la satisfaction des besoins d'une personne déterminée, besoins qui sont la mesure du droit même, si bien que l'exercice de ce droit, abstraction faite de la personne, ne se conçoit pas. La perception des aliments par une autre personne, constituerait un autre droit. Il en est de même de l'usage. C'est par ce motif que ces droits sont incessibles de leur nature, et déclarés tels par la loi.

Nous avons à ranger parmi les mêmes droits, tous ceux qui sont accordés à raison d'une qualité personnelle au créancier, comme en droit moderne le retrait successoral.

1197. Mühlenbruch range encore parmi les droits de cette catégorie, tous les droits qui se compliquent d'obligations que le créancier a de son côté contractées envers le débiteur, car on peut bien transférer son droit, dit-il, sans le consentement du débiteur, mais on ne peut point transférer une obligation sans le consentement du créancier; en d'autres termes, on ne peut forcer un tiers envers lequel on s'est obligé, à poursuivre ses droits contre un cessionnaire. Il applique cette règle au mandat, à la

(1) Voyez Duvergier, *De la Vente*, n° 215.
(2) L. 8, D. II, 15; — L. 10, D. VII, 8.

société, au louage, à la vente, au dépôt, et en général à tous les contrats parfaitement ou imparfaitement synallagmatiques (1).

A notre avis, cette observation de Mühlenbruch était inutile, car elle découle de l'essence même de la cession. Jamais la cession ne saurait avoir pour objet de substituer une autre personne dans le lien de l'obligation, comme si cette personne l'avait elle-même contracté, soit en stipulant soit en promettant, c'est-à-dire qu'on ne saurait succéder dans une obligation à titre particulier, puisque stipulation et promesses ne se font que pour les promettants et leurs héritiers. De ce point de vue, non seulement dans les contrats qui sont basés sur une confiance personnelle et particulière et qui s'éteignent par la mort, comme le mandat et la société, mais encore dans la vente et dans le louage, la cession ne saurait avoir pour objet de transporter le lien obligatoire d'un chef sur un autre. Ainsi, l'acheteur peut sans contredit céder l'action *emti* en garantie, le vendeur peut céder l'action *venditi* en pétition du prix; mais l'acheteur, comme débiteur du prix, ne saurait se substituer au cessionnaire de manière que le vendeur dût s'en tenir à ce cessionnaire. Ainsi encore, le mandadaire peut sans doute céder l'action *mandati* en remboursement de ce qu'il a dépensé, mais il n'en résultera pas que le mandant doive s'en tenir à ce cessionnaire pour les prétentions que de son côté il aurait à élever contre le mandataire. Le mandataire peut dans l'exécution du mandat se faire remplacer par un tiers, mais cela ne le libère pas envers son mandant, qui n'aura point à agir contre le substitué, mais contre le mandataire lui-même, responsable du substitué.

Il en est de même de la sous-location. Si je vous loue l'objet loué, je n'en suis pas moins obligé envers le bailleur. Je puis céder également l'action *pro socio*, je puis céder ma part indivise dans une propriété commune, mais toujours sans préjudice pour mes associés, envers lesquels je n'en suis pas moins obligé, et qui pourront opposer à mon cessionnaire toutes les actions et exceptions qu'ils avaient contre moi.

(1) Voyez Muhlenbruch, *Traité de la Cession*, n° 87. — Comp. Thibaut, *Pand.*, § 77.

En résumé : les rapports contractuels ne se transmettent pas à titre particulier, et ces rapports, lorsqu'ils naissent de contrats fondés sur une confiance personnelle, ne se transmettent pas même aux héritiers; les droits seuls qui sont nés de ces rapports, se transmettent, de telle sorte cependant que le cessionnaire ne peut agir que comme le cédant agirait lui-même; et si le cédant est de son côté obligé aussi envers le débiteur cédé, il le demeurera, n'ayant pu se substituer le cessionnaire en son lieu et place.

1198. Parmi les droits et actions que la volonté de l'homme peut attacher à la personne, et qui de ce chef sont incessibles, nous avons à nommer les aliments légués par testament. Quant aux aliments stipulés par convention, de même qu'ils peuvent être l'objet d'une transaction, de même aussi on doit les considérer comme cessibles.

Enfin les droits de rachat, de réméré, de préférence (*protimeseos*), stipulés pour la personne du stipulant seulement, sont des droits incessibles (1).

1199. Les droits qui sont incessibles à cause de leur nature accessoire, sont le cautionnement et l'hypothèque. Cela veut dire que ni le cautionnement, ni l'hypothèque ne sauraient être cédés indépendamment de l'obligation principale et de manière que le cessionnaire pourrait exercer ces droits pour une autre obligation principale, dont il serait créancier de son propre chef. La cession qui se ferait de la sorte, serait contraire à la notion fondamentale de la cession, qui ne permet au cessionnaire d'exercer le droit cédé que de la manière dont le cédant l'eût pu et dû exercer lui-même. En ce sens donc ces droits sont incessibles.

Mais si la cession de l'action accessoire à l'obligation principale, se fait de telle manière que le cessionnaire ne fera qu'exercer l'action contre la caution ou l'action hypothécaire absolument aux mêmes conditions que le concédant eût exercé cette action lui-même, nous pensons avec Vangerov que rien ne s'oppose à la vali-

(1) Voyez plus haut les nos 518, 519, 520.

dité de la cession. Mævius doit 1000 à Titius; Servius s'est porté caution : Titius pourra céder à Caius l'action qu'il a contre la caution (*actio ex stipulatu*), sans qu'il soit nécessaire de lui céder l'action contre le débiteur principal. Car, de même que le créancier peut, à son choix, poursuivre l'un des *correi debendi*, de même aussi il peut céder l'action qu'il eût pu intenter lui-même contre l'un des *correi;* donc il peut aussi céder l'action qu'il a contre la caution. Il est vrai que d'après la législation de Justinien, la caution pouvait opposer au cessionnaire le *beneficium ordinis seu excussionis*, puisqu'il peut l'opposer au cédant et que le cessionnaire est passible de toute action ou exception qui pourrait être opposée au cédant lui-même; mais cela n'empêche pas la cession d'être efficace au cas où le débiteur principal est insolvable ou absent; de telle sorte que la caution devrait dans ces cas payer au cessionnaire, comme elle aurait dû payer au cédant. Il en résulte que la cession de l'action contre la caution, loin d'être nulle, implique cession de l'action principale, quoique la cession de l'action que le créancier a contre la caution, ne puisse cependant pas opérer contre le débiteur principal.

L'action hypothécaire et l'action du cautionnement sont donc incessibles indépendamment de l'obligation principale, en ce sens que ces actions ne sauraient être affectées à une créance autre que celle pour laquelle elles ont été constituées; mais rien ne s'oppose à ce que ces actions soient cédées indépendamment de l'obligation principale, pour être exercées dans les mêmes conditions et de la même manière qu'elles l'auraient été par le cédant lui-même.

1200. Les causes pour lesquelles une action cessible en soi ne peut être cédée que d'une manière relative ou à de certaines conditions, émanent toutes de la loi.

L'Empereur Théodose, par la L. 2, C. II, 14, a défendu le transport de la créance *ad potentiorem*. D'après quelques auteurs cette loi aurait pour objet, non pas de défendre purement et simplement toute cession *ad potentiorem*, mais seulement une pareille cession simulée. On argumente : 1° du texte de la L. 2; 2° de ce que la sanction de la défense, la peine retombe sur le cédant.

Mais il suffit de lire l'inscription du titre (1) pour voir que la défense porte tant sur la cession réelle, que sur la cession fictive qui ne fait intervenir le cessionnaire que pour le profit de son influence. Le législateur a dû frapper l'une et l'autre, car s'il s'était borné à frapper la cession fictive, on aurait aisément éludé sa défense. Quant aux expressions finales de la loi, elles sont générales, et ne se rapportent pas seulement à la cession fictive; elles servent à stigmatiser la malice de toute cession faite *ad potentiorem*.

En l'absence de toute autre disposition, cette déchéance devait purement et simplement profiter au débiteur, et non au fisc comme l'ont prétendu quelques interprètes.

La L. 2, C. II, 14, ne détermine pas d'une manière plus précise à quelles personnes il faut appliquer la dénomination de *potentior persona*. Déjà du temps de Paul la cession faite au fisc ou à l'Empereur, dans le but de gêner, de circonscrire le débiteur dans ses moyens de défense, était frappée de nullité. Nous croyons qu'il faut entendre par *potentior persona* toute personne dont la position sociale est de nature à pouvoir tourner contre le débiteur. Pour protéger le débiteur contre une appréhension qui aurait pu paralyser ses moyens de défense, la loi frappait la cession de nullité et prononçait la déchéance du créancier.

Cette déchéance prive-t-elle seulement le créancier de son action, laissant subsister l'obligation naturelle, ou bien porte-t-elle atteinte au droit même?

On a argumenté de la L. 19, D. XII, 6, pour soutenir que l'obligation naturelle subsiste. Mais les mots : *si poenae causa ejus cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet,* ne sauraient recevoir d'application dans le cas actuel où le créancier, d'après le texte, est frappé de déchéance : *jactura debiti mulctatur;* ces mots ne se rapportent qu'au cas où la loi, pour des motifs particuliers, veut seulement écarter l'action du créancier,

(1) *Ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare,* VEL ACTIONES IN SE TRANSFERRE.

comme au cas que prévoyait le sénatusconsulte Macédonien.

1201. Il est un second cas où la loi défend la cession, quoique la créauce soit cessible en soi : une créance sur un pupille ne peut être cédée au tuteur, soit pendant la tutelle, soit après si la dette existait déjà au temps de la tutelle. La loi a voulu empêcher que le pupille ne fût lésé par les facilités qui se présenteut pour les tuteurs de faire disparaitre la quittance et les autres preuves de la libération du débiteur.

La Novelle LXXII, ch. 5, n° 18, prononce encore dans ce cas la déchéance du droit du créancier cédant, et cette déchéance est absolue comme au cas précédent; on ne saurait pas davantage se prévaloir ici du Digeste pour soutenir qu'elle laisse subsister une obligation naturelle.

1202. Enfin la créance, quoique cessible de sa nature, ne peut être cédée lorsque cette créance est devenue litigieuse, et elle devient telle par la litiscontestation (1).

La cession de la créance litigieuse peut cependant avoir lieu exceptionnellement : 1° à titre de dot ou de donation en faveur du mariage, 2° pour consommer une transaction ou un partage (2).

(1-2) L. 2-4, C. VIII, 37.

CAUSES DE LA CESSION, ET MANIÈRE DONT ELLE S'OPÈRE.

Sommaire.

1203. Toute cession est volontaire ou nécessaire.
1204. Elle est nécessaire : 1° pour le gérant et le mandataire à l'égard du principal.
1205. 2° Pour le propriétaire, le possesseur ou le débiteur d'une chose, au cas où il a acquis des actions au sujet de la chose due par lui, et lorsqu'il ne répond pas personnellement des faits sur lesquels ces actions sont fondées.
1206. 3° Pour le propriétaire qui réclame des dommages et intérêts résultant de faits dont un autre doit répondre.
1207. Ces deux dernières règles dérivent d'un même principe.
1208. 4° La cession est encore nécessaire, lorsqu'elle peut être demandée par l'un des codébiteurs solidaires, accessoires ou principaux, ou par celui qui possède justement la chose soumise à l'action hypothécaire.
1209. Distinctions qu'il faut admettre dans ce cas.
1210. Des cas où le créancier doit subir la cession parce qu'il est permis au débiteur, qui était primitivement obligé à autre chose, de se libérer par une cession d'actions.
1211. De ce que la cession doit comprendre là où elle est nécessaire.
1212. Comment une créance peut-elle être cédée? — Mode de la cession. — *Cessio legis, cessio communis.*

1203. Les commentateurs divisent la cession en volontaire et nécessaire.

Par cession nécessaire, ils entendent celle que certaines personnes peuvent exiger du créancier, sans en avoir reçu de lui la promesse.

1204. Il y a cession nécessaire :

1° Lorsque le gérant d'affaires et le mandataire doivent céder au principal les actions qu'ils ont acquises dans leur gestion. En droit romain le mandataire, alors même qu'il exhibait ses pou-

voirs, ne pouvait en règle générale acquérir directement une action au mandant; il fallait que le mandataire, pour stipuler utilement, stipulât en son propre nom, et qu'ensuite il fît la cession de l'action à son mandant (1).

La L. 13, D. XIII, 7, renferme un cas où la stipulation faite pour un tiers est exceptée valablement, au profit de ce tiers, de la règle que nous venons d'énoncer. Nous avons déjà eu l'occasion de montrer que cette exception se rattache au principe que la stipulation pour un tiers est valable lorsqu'elle ne tend pas à grever le promettant, à lui imposer une charge nouvelle, mais seulement à conserver un droit au tiers pour lequel on stipule exceptionnellement. Nous en avons expliqué le motif, en montrant que la règle *alteri stipulari non possumus,* a ce sens : qu'on ne peut grever un tiers pour un tiers; or ce n'est pas grever un tiers, que de stipuler pour lui la conservation d'un droit.

La L. 13, D. XIII, 7, fait l'application de ces principes : le créancier gagiste qui en vendant le gage est censé agir comme mandataire du débiteur, stipule de l'acheteur au profit du débiteur que si celui-ci, dans un certain temps, restitue le prix à l'acheteur, il pourra reprendre le gage; pour ce cas, la L. 13 décide que si le débiteur paie dans le temps convenu, il pourra non seulement au moyen de l'action *pigneratitia directa,* forcer le créancier vendeur à lui céder l'action *venditi* contre l'acheteur, mais qu'il pourra encore intenter la revendication, attendu que la clause ajoutée par le vendeur est au fond une clause résolutoire. Ou bien, s'il le préfère, il pourra, dit le même texte, intenter l'action *in factum,* c'est-à-dire qu'il agira contre l'acheteur comme si l'action *venditi* lui avait été cédée.

Il suit de cette loi que le créancier gagiste qui vend le gage, étant réputé mandataire du débiteur, doit céder à celui-ci l'action qu'il a acquise contre l'acheteur, ainsi que le doit tout mandataire. Il y a plus : le débiteur pour lequel le créancier a stipulé, acquiert directement cette action, et il profite directement de la résolution du contrat née de l'avénement de la condition, quoique lui débiteur

(1) Comp. L. 8, L 13, L. 45, D. XVII, 1; et plus haut les nos 52 et suivants.

soit un tiers; car bien qu'il soit de règle qu'on ne peut stipuler pour un tiers, pas même pour son mandant, cette règle souffre exception lorsque la cession ne tend pas à imposer au promettant une charge nouvelle, mais plutôt à conserver un droit au tiers pour lequel on stipule. La règle *alteri stipulari non possumus,* signifie qu'on ne peut grever un promettant au profit d'un tiers; or dans la L. 13 le promettant n'est point grevé et le tiers conserve seulement un droit de propriété.

1205. Un second cas où la cession est nécessaire, se présente lorsque le propriétaire, possesseur ou détenteur d'une chose, a acquis des actions au sujet de cette chose qu'il doit, et qu'il n'a pas à répondre personnellement des faits sur lesquels se fondent ces actions.

Expliquons-nous. Dans la vente pure et simple, d'après le consentement des parties l'acheteur porte les risques et périls; il doit le prix, quoique la chose périsse fortuitement. Le vendeur n'est tenu que des soins d'un bon père de famille; par conséquent il ne répond pas du *damnum injuria datum,* ni du vol — à moins qu'il n'ait lieu par sa faute, — ni de toute autre atteinte à la propriété dont l'homme diligent ne saurait se préserver. Cependant, comme le vendeur est demeuré propriétaire, à lui seul appartiennent la revendication, la *condictio furtiva,* l'action *legis Aquiliae.* L'acheteur ne peut pas intenter ces actions de son chef; il en serait de même des interdits possessoires du chef de trouble ou de *dejectio* qui aurait lieu dans la personne du vendeur. C'est pourquoi toutes ces actions doivent être cédées à l'acheteur (1).

Cette cession affranchira le vendeur de toute responsabilité, et d'un autre côté, s'il y a dans cette cession quelque émolument, il est juste qu'il soit perçu par l'acheteur qui depuis la vente supporte tous les risques.

Pareillement, le possesseur de bonne foi de l'hérédité doit céder à l'héritier l'action qu'il a acquise en vendant la chose de la succession; il doit de même céder l'*interdictum unde vi,* l'action *legis Aquiliae,* etc., qu'il a acquis en sa qualité de possesseur; il doit

(1) L. 13, § 12, D. XIX, 1; — L. 1 pr., D. *eod.*

les céder parce qu'à son égard on suit le principe que sa possession ne doit ni lui nuire ni lui profiter. D'où il suit aussi, que si le possesseur doit faire cette cession, il est aussi d'un autre côté dégagé de toute responsabilité. A l'égard du possesseur de mauvaise foi, il en serait autrement (1).

Le dépositaire qui ne rend qu'un service d'ami, qui ne s'est pas offert pour recevoir le dépôt et qui ne perçoit aucune indemnité, n'est tenu que de la faute lourde; donc, si ne pouvant garder le dépôt sans gêne considérable, il le dépose de bonne foi chez un tiers, et que par une négligence grave ou un dol de ce tiers, le déposant soit lésé, le dépositaire ne répondra pas du fait de l'arrière-dépositaire, il sera dégagé de toute responsabilité en cédant l'action *depositi* au déposant, mais il devra faire la cession de cette action (2).

Le créancier gagiste qui vend le gage, ne garantit personnellement à l'acheteur que son droit de vendre en la qualité qu'il agit, c'est-à-dire qu'il lui garantit seulement son droit d'hypothèque: *se potiorem esse ceteris creditoribus*. Du reste, pour ce qui concerne la question de propriété, il agit au nom du débiteur et ne répond pas personnellement de l'événement *ex causa dominii*.

Mais par cela même qu'il n'en répond pas, le créancier gagiste doit céder à l'acheteur l'action *pigneratitia contraria* qu'il a contre le débiteur. En effet, le créancier qui reçoit un gage, a cette action toutes les fois que le gage ne lui procure pas les sûretés auxquelles il devait s'attendre, et cette action doit être cédée à l'acheteur (3).

1206. Un troisième cas de cession nécessaire est celui où une personne qui a été pleinement dédommagée d'une perte en vertu de la responsabilité qu'avait contractée une autre personne, conserve encore des actions, telles que l'action *furti*, l'action *ex lege Aquilia*. Ces actions doivent être cédées à la personne qui paie le dédommagement. S'il n'en était ainsi, le lésé obtiendrait un dou-

(1) L. 20, §§ 17-19, D. V, 3; — L. 40, § 2, D. *eod.*
(2) L. 16, D. XVI, 3.
(3) L. 38, D. XXI, 2.

ble dédommagement, un de l'auteur du fait, et un de celui qui doit répondre du fait.

En vertu de l'édit du Préteur, l'armateur, l'hôtelier et l'aubergiste sont responsables des vols et dommages dont la chose qu'ils ont reçue, peut être l'objet. Marchands et voyageurs ont à cet égard l'action *in factum, de recepto*. Cependant la *condictio furti*, l'action *legis Aquiliae* contre l'auteur du vol ou du dommage, n'appartiennent qu'au propriétaire; ces actions, par cela que la personne lésée exerce son recours contre l'armateur ou l'hôtelier, doivent être cédées à ceux-ci (1).

1207. De sorte qu'en vertu de la cession nécessaire, celui qui porte le péril a aussi l'action. De même que dans la vente la personne obligée de livrer la chose, ne portant pas le risque du vol ni du *damnum injuria datum*, est obligée de céder son action à l'acheteur qui porte ce risque; de même que dans l'autre cas semblable, le débiteur qui ne porte pas les risques doit céder l'action à celui qui les supporte; ainsi dans l'espèce de la L. 6, § 4, D. IV, 9, où le débiteur est responsable de pareils risques et doit indemniser le propriétaire, celui-ci doit céder aussi à ce débiteur les actions qui lui compètent et résultent des faits dont ce débiteur doit répondre. Cependant cette dernière règle souffre une exception. Si un défendeur a cessé de posséder un objet par son dol, et que pour ce fait il ait été condamné à des dommages-intérêts, il ne pourra pas, quoique le propriétaire ait été indemuisé, exiger de lui la cession de l'action. Cette dérogation au principe énoncé plus haut, a été introduite pour que le propriétaire ne pût pas malgré lui être privé de sa propriété par le dol du défendeur (2). Hors ce cas, celui qui doit payer l'estimation de la chose ou du dommage, peut se faire céder du propriétaire les actions relatives à ce dommage, en vertu du principe que celui qui porte le péril de l'événement, doit aussi avoir l'action qui peut résulter de cet événement.

Les deux règles de la cession nécessaire que nous venons d'ex-

(1) L. 6, § 4, D. IV, 9.
(2) L. 69, D. VI, 1.

poser en dernier lieu (nos 1205 et 1206), reposent donc en définitive sur la règle : *ubi incommoda, ibi et commoda esse debent.*

1208. Un quatrième cas de cession nécessaire est celui où la cession doit se faire au profit de la personne obligée pour la dette d'autrui ou bien pour une dette qui dans le principe était autant la dette d'autrui que la sienne propre (obligation corréale). Tels sont les cautions et en général les codébiteurs solidaires, ainsi que le juste possesseur de la chose soumise à l'action hypothécaire.

Toutefois, deux caractères distinguent cette cession que la loi accorde en pareil cas à titre de bénéfice, au débiteur accessoire ou au débiteur principal choisi par le créancier. Le premier, c'est que la cession doit avoir lieu avant le paiement, ou du moins doit être demandée auparavant, pour que le paiement n'éteigne pas la créance, ou plutôt pour qu'il soit considéré non comme le paiement de la créance, car il ne resterait plus rien à céder, mais comme le paiement du prix de la créance cédée (1).

Le mandat qualifié diffère ici du cautionnement en ce que le paiement fait par le *mandator* n'éteint pas la dette principale, et que par conséquent le *mandator*, en vertu du mandat, peut en tout temps demander la cession.

1209. Du rapprochement des divers cas que nous venons d'énumérer, il résulte que le créancier est obligé de faire cession soit à celui qui doit répondre en vertu d'un rapport contractuel du fait, du délit ou du quasi-délit d'autrui (aubergistes, hôteliers, armateurs); soit à celui qui doit répondre de l'obligation d'autrui parce qu'il s'est constitué caution ou codébiteur.

Au cas examiné au n° 1206, la cession est fondée sur l'équité qui veut que l'émolument de l'action soit au moins là où est le péril de la perte. Au cas du n° 1208 elle est, comme nous l'avons déjà montré (n° 1150), fondée sur cet acte d'équité : *Quod tibi non nocet, alteri prodest, facile concedendum.* C'est pourquoi les *correi debendi* peuvent aussi demander la cession de l'action, bien que du reste le *correus* lorsqu'il paie, ne fasse réellement que payer sa propre dette, à cause de l'unité étroite de l'obligation. Pour

(1) L. 76, D. XLVI, 3.

ce motif lorsqu'il ne s'est point fait céder les actions, lorsqu'il n'a point usé du *beneficium cedendarum actionum*, le *correus* n'a aucune espèce de recours contre les autres *correi*, tandis que les débiteurs solidaires proprement dits, à cause de la pluralité d'actions qui existe dans cette solidarité, ont un recours, puisque si l'un d'eux paie, il éteint non seulement sa propre dette, mais encore celle de ses codébiteurs.

Un second caractère qui distingue la cession que le codébiteur accessoire ou principal peut demander, mais qu'il ne peut demander que comme un bénéfice, c'est que le créancier qui fait cette cession, cède la créance telle qu'elle est au moment de la cession, sans qu'il soit responsable de ce que l'action cédée est devenue inutile ou de ce qu'elle a été dépouillée de ses garanties hypothécaires ou de ses cautions.

Pour mieux faire comprendre ce second caractère par lequel le mandat qualifié diffère encore sensiblement du cautionnement, posons un exemple : un créancier qui aurait pu utilement poursuivre le débiteur principal, reste dans l'inaction; puis, lorsque ce débiteur est devenu insolvable, il attaque le fidéjusseur. Celui-ci pourra-t-il se fonder sur l'inutilité de l'action dont il serait en droit de demander la cession, pour se refuser de payer la dette qu'il a cautionnée? Évidemment non, car lorsque le droit de cession du débiteur n'a d'autre source que le *beneficium* de la loi, l'obligation du créancier de faire la cession, n'existe pas *a priori*. Le droit que le créancier a de poursuivre le codébiteur accessoire ou le débiteur principal, à son choix, n'est nullement subordonné à l'utilité de l'action qui doit être cédée, quoique d'ailleurs la caution puisse se prévaloir des exceptions *in rem* du débiteur principal. Le créancier satisfait donc aux exigences de l'équité, s'il cède l'action telle qu'elle est entre ses mains. Si la caution avait le droit de reprocher au créancier sa négligence, elle pourrait aussi lui apposer le *beneficium ordinis* ou *excutionis* dans tous les cas où elle prouverait qu'il aurait pu poursuivre utilement le débiteur qui a failli, tandis que la loi requiert sans distinction, pour que le *beneficium ordinis* puisse être opposé, que le débiteur soit présent et solvable.

Ainsi, le *beneficium cedendarum actionum* n'est pas, pour ceux qui ne peuvent demander la cession qu'en vertu de ce bénéfice, un droit tel qu'il impose au créancier l'obligation de veiller à ce que la cession soit utile au cessionnaire. C'est ici que se fait remarquer une différence importante entre les fidéjusseurs et les *mandatores pecuniae credendae*. Ce que nous venons de dire ne s'applique en effet qu'à ceux des codébiteurs accessoires ou principaux qui ne peuvent demander la cession qu'en vertu du bénéfice de la loi. Par cela seul on voit qu'il doit en être autrement du *mandator* qui puise, non dans un *beneficium legis*, mais dans un contrat, le droit de demander au créancier, son mandataire, la cession de l'action qu'il a acquise en exécutant le mandat; et qui en outre a le droit de demander compte à ce mandataire de toute faute ou négligence qu'il se serait rendue imputable dans l'exécution du mandat (1).

Ainsi, si le *mandator* est intervenu comme instigateur, comme *suasor* du créancier, d'un autre côté le mandataire a une obligation plus stricte à remplir envers le *mandator*, que le créancier envers la caution; il doit faire la cession des actions *ex contractu*, et il est responsable de toute faute, tandis qu'un créancier ordinaire ne contracte aucune obligation particulière envers le fidéjusseur. Seulement, au moment de la poursuite, l'équité intervient pour que la cession des actions soit faite, sans détriment pour le créancier, au débiteur s'il peut en profiter jamais.

1210. Nous venons de voir aux nos 1204 à 1208 quatre cas où le créancier doit faire la cession des actions, quoique au quatrième cas cette obligation ne lie pas strictement le créancier lorsque la cession ne peut être réclamée contre le débiteur qu'à titre de bénéfice. Il nous reste à traiter du cas où le créancier doit, non pas faire une cession d'action, mais en subir une, alors qu'il est permis au débiteur de se libérer moyennant une cession d'actions, quoique primitivement il fût obligé à autre chose.

Lorsqu'un testateur lègue une créance, lorsqu'il dit : je lègue à Titius les 100 qui me sont dus par Caius, l'héritier n'est pas

(1) L. 95, § 11, D. XLVI, 3. — Comp. les nos 1122-1126.

obligé de payer 100 à Titius, il est tenu seulement de lui faire cession de l'action contre Caius, action que le légataire intentera à ses risques et périls, sans recours contre l'héritier (1).

Ainsi encore celui qui est tenu de l'action noxale, celui qui possède le *corpus noxium*, si par le fait d'un tiers la tradition de l'animal est devenue impossible, fût-ce après la litiscontestation, n'encourt d'autre responsabilité, que l'obligation de céder l'action acquise contre le tiers (2).

Enfin, si le vendeur doit céder les actions lorsqu'il ne répond pas de l'événement, par exemple du vol ou du *damnum injuria datum*, d'un autre côté lorsqu'il doit en répondre, lorsqu'au moment même où il vend la chose celle-ci se trouve en tierces mains, que par conséquent dès le principe il contracte l'obligation de livrer la chose ou l'estimation, quel que soit le résultat de l'action qu'il a contre le tiers, il ne doit pas faire non plus la cession de l'action, et si alors l'action du vol par exemple lui a procuré un émolument, il n'en devra pas compte à l'acheteur, qui n'a droit qu'à l'estimation, comme le dit la L. 21, D. XVIII, 4.

Cette loi qui est si diversément interprétée, se comprend aisément lorsqu'on ne perd pas de vue ce principe que là où est le péril, là doit être l'émolument de l'action née de l'événement périlleux; d'où résulte que l'émolument dans l'espèce doit rester au vendeur qui doit à l'acheteur la *res* ou son estimation, mais qui aussi est débiteur de cette *res* à tout événement, soit que l'action contre le tiers lui ait procuré quelque utilité, soit qu'elle ne lui en ait procuré aucune. C'est ce que le texte indique clairement par ces mots : *Nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem;* car le vendeur ne doit prester les actions que là où la dépossession a lieu sans sa faute; là où il ne répond pas de l'événement. Donc là où il en répond, comme dans la L. 21, il ne doit pas céder non plus l'émolument de l'action.

1211. Bien que la cession puisse se faire à plusieurs ces-

(1) L. 75, § 2, D. XXX.
(2) L. 1, § 16, D. IX, 1.

sionnaires, et par conséquent pour une partie seulement de la créance (1), cependant tout créancier qui pour une cause quelconque est obligé de céder une action, doit faire la cession avec tout l'accessoire, tout le bénéfice, toutes les garanties qui se rattachent à la créance, et dont aurait joui le cédant lui-même. La cession comprend donc non seulement le capital, mais les intérêts (2). La cession de l'action principale comprend aussi celle de l'action *adjectitiae qualitatis;* ainsi celui qui vend une créance sur un fils de famille, doit aussi céder l'action qu'il a contre le père, comme le décide la L. 14, D. XVIII, 4.

Avec la créance doit être cédée aussi le bénéfice de la restitution en entier, et ici nous rappellerons que les droits nés d'un privilége personnel sont cessibles, quoique le privilége ne le soit pas (3).

La cession de l'action principale comprend aussi les actions accessoires qui ont pur but de garantir le paiement de la créance (4).

1212. Quant au mode de la cession, celle-ci se fait ou par le ministère de la loi seule, abstraction faite du fait de l'homme, ou par le ministère du juge, ou enfin par le fait de l'homme, par le mandat que donne le cédant au cessionnaire.

Par la loi, lorsque, dans toutes cas où une cession doit se faire, la loi présume que la cession a été faite, et autorise la personne qui a droit à la cession de l'action, à intenter celle-ci comme si elle avait reçu mandat à cet effet.

Par le juge, lorsque, par exemple, le juge autorise le créancier poursuivant à exercer, pour se payer, telle action du débiteur condamné (5).

Il nous reste à voir quels sont les effets de la cession : 1° entre le cédant et le cessionnaire, 2° entre le cessionnaire et le débiteur cédé.

(1) Arg. de la L. 5, § 7 *in fine*, D. XLVI, 1, 7; — et L. 27, § 8, D. XV, 1.
(2) L. 34, D. XXXII.
(3) Voyez plus haut le n° 1191 et L. 24, D. IV, 4.
(4) L. 23, D. XVIII, 4.
(5) L. 15, § 8, D. XLII, 2.

EFFETS DE LA CESSION.

Sommaire.

1213. Obligations du cédant vis-à-vis du cessionnaire.

1214. Le cédant ne doit garantir au cessionnaire que l'existence de la créance; il ne doit point la garantie de la solvabilité du débiteur.

1215. Cas exceptionnels où le cédant ne doit pas même garantir l'existence de la créance.

1216. Dans quels cas le cédant doit garantir la solvabilité du débiteur.

1217. Si le cédant, par clause spéciale, a garanti la solvabilité du débiteur, est-ce la solvabilité au moment de la cession qui seule est garantie, ou bien la responsabilité que le cédant a assumée, pèse-t-elle sur lui jusqu'à l'extinction de la créance?

1218. La cession par elle-même ne produit aucun effet à l'égard du débiteur; c'est la notification de la cession faite au débiteur par le cessionnaire ou par son mandataire, qui établit un lien nécessaire entre le débiteur et le cessionnaire. — L'effet de la notification du cessionnaire, ne saurait être détruit par aucune notification contraire que ferait le cédant.

1219. La notification doit être faite à tous les débiteurs solidaires.

1220. Par la cession, la créance cédée passe avec tous ses accessoires au cessionnaire. — Les priviléges du cédant sont-ils aussi transmis? — Principe à suivre et fausses distinctions au moyen desquelles on a essayé de résoudre la question.

1221. Suite. — Modifications et exceptions au principe établi au n° précédent.

1222. Suite et résumé.

1223. Le cessionnaire peut-il appliquer à la créance cédée ses propres priviléges?

1224. Effets de la cession quant à la créance même. — Elle passe au cessionnaire, affectée des exceptions et défenses que le débiteur aurait pu opposer au cédant. — Il faut en excepter : 1° Les défenses et exceptions qui ont leur cause dans un événement postérieur à la notification de la cession; 2° celles qui se rapportent à la procédure et non au fond même.

1225. Quant aux exceptions *ex persona cessionarii*, le débiteur peut se prévaloir de tout acte libératoire *ipso jure* ou *per exceptionem* intervenu entre lui et le cessionnaire; il peut aussi opposer toutes les défenses et exceptions qui se rapportent *ad legitimationem causae*, c'est-à-dire aux qualités ès quelles agit le cessionnaire.

1215. Dans toute cession, le cédant doit mettre le cessionnaire en état de prouver ses qualités, c'est-à-dire de prouver que la créance existe; par conséquent il doit lui transmettre tout titre ou document tendant à cette fin. Il doit même, en cas de contestation, assister le cessionnaire en justice pour fournir des renseignements utiles et tout ce qui tendrait à repousser ou combattre les défenses et exceptions qui peuvent être opposées par le débiteur.

Enfin le cédant doit aussi au cessionnaire tout ce qu'il a perçu du débiteur, soit en paiement, soit en compensation : *Nominis venditor,* dit la L. 23, § 1, D. XVIII, 4, *quidquid vel compensatione, vel exactione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur.*

1214. En ce qui concerne les autres obligations du cédant, se présente tout d'abord la question de savoir ce que le cédant doit au cessionnaire quant à la garantie.

Il serait trop long de rapporter toutes les opinions qui ont été émises sur cette question. Nous nous bornerons à montrer que le cédant ne doit, en règle générale, garantir au cessionnaire que l'existence de la créance; qu'en d'autres termes il doit garantir le titre de la créance, mais non la bonté de la créance ou la solvabilité du débiteur. — Établissons chacune de ces deux propositions.

Le cédant doit garantir la *veritas nominis*, il doit garantir qu'il y a un débiteur. Or, comme aux termes de la L. 108, D. L, 16, il n'y a de débiteur que celui dont on peut exiger le paiement, *a quo invito pecunia exigi potest*, il s'ensuit que le cédant est tenu si le débiteur cédé peut repousser la demande du cessionnaire par une exception péremptoire. C'est pourquoi la L. 13, D. L, 17, dit : Celui-là n'est pas censé cessionnaire, dont l'action peut être repoussée par une exception. Ainsi le cédant doit garantir l'existence de la créance, et cela implique garantie contre les exceptions péremptoires que le débiteur pourrait y opposer; c'est ce que dit formellement la L. 5, D. XVIII, 4. *Debitorem autem esse, praestare, nisi aliud convenit*, dit la L. 4, D. XVIII, 4; la L. 5, D. *eod.*, ajoute : *Et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit* (1).

La garantie du titre ne porte cependant pas sur les titres accessoires, si ce n'est lorsque le cédant, en vendant la créance, a fait mention des droits accessoires qui servent à la garantir. Ainsi, c'est seulement lorsque le vendeur a déclaré que la créance est munie d'une hypothèque ou d'un cautionnement, qu'il est garant de l'existence, de la validité, c'est-à-dire de la *veritas* de ces titres accessoires. Cette déclaration étant faite, il serait donc tenu, par exemple, si la chose hypothéquée n'était pas la propriété du débiteur ou de celui qui a concédé l'hypothèque, et que par conséquent l'hypothèque fût nulle. Il en serait de même si

(1) Comp. la L. 74, § 3, D. XXI, 2.

le cautionnement était nul, ou qu'il pût être infirmé par une exception (1).

1215. Telle est la garantie que le cédant doit en général au cessionnaire; nous disons *en général*, car il doit cette garantie lorsque la cession a lieu à titre onéreux. Tout titre qui oblige à la garantie lorsqu'il s'agit de la livraison d'une chose, oblige aussi à la garantie susmentionnée quand il s'agit de la cession d'une créance. Mais la garantie n'a pas lieu :

1° Lorsque la cession se fait à titre gratuit. — C'est pourquoi, lorsqu'une créance est léguée, le grevé ne répond pas même de la *veritas nominis*, mais le legs est nul s'il n'y a pas de débiteur; et s'il y a un débiteur, le grevé ne portera pas le péril de la créance : que ce débiteur soit solvable ou non, il suffira au grevé d'avoir cédé les actions (2). Lorsqu'une cession se fait à titre gratuit, le cédant n'est donc tenu que de son dol (3); il ne doit pas même répondre de la *veritas nominis;* ce que Mühlenbruch (§ 499) exprime en ces termes : *Quodsi nihil est in obligatione, nisi ut actionibus cedatur, nec quicquam praeterea peti potest a cedente, tum ne id quidem, verum esse nomen, praestare tenetur cedens;* quand la cession se fait *ex liberali causa*, le cessionnaire ne peut rien exiger que la cession des actions; il n'existe aucun titre en vertu duquel il puisse demander autre chose.

2° La garantie du titre même, de la *veritas nominis*, n'est pas due lorsque la créance a été vendue comme incertaine; par exemple, lorsque le vendeur a dit : Je vous vends telle créance, si toutefois le débiteur doit quelque chose; aussi la L. 4, D. XVIII, 4, ajoute-t-elle : *Nisi aliud convenerit*.

1216. Si, à part les deux exceptions qui précèdent, le cédant doit garantir la *veritas nominis*, il ne doit cependant pas garantir la *bonitas*, ou la solvabilité du débiteur. C'est le cessionnaire qui porte le *periculum nominis*, comme l'acheteur celui de la *species*, et il porte ce péril, soit que le débiteur fût déjà insolvable au moment même de la cession, soit qu'il le devienne postérieurement.

(1) L. 30, D. XX, 1.
(2) L. 75, § 1, D. XXX.
(3) L. 18, § 3, D. XXXIX, 5.

L'insolvabilité est un fait que le cessionnaire peut connaître et apprécier tout aussi bien que le cédant; or, il est de règle que le vendeur ne répond pas des vices et défauts dont l'acheteur peut connaître l'existence aussi bien que lui. Le cessionnaire doit donc s'imputer son imprudence, et n'a de ce chef aucun recours contre le cédant, pourvu que celui-ci ait agi avec bonne foi, c'est-à-dire qu'il n'ait pas su positivement que le débiteur était déjà insolvable au moment de la cession, sans quoi la cession serait entachée de dol. C'est pourquoi la L. 74, § 3, D. XXI, 2, porte : *Qui nomen quale fuit, vendidit, duntaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, sed et dolum praestare cogitur*. Ainsi le cédant de bonne foi ne répond pas de l'insolvabilité du débiteur, pas même de celle qui pourrait déjà exister au moment de la cession. C'est ce que prouvent évidemment, *ut sit* dans la L. 74, § 3, et *locupletum esse debitorem non debere praestare,* de la L. 4, D. XVIII, 4.

En résumé, la garantie de l'insolvabilité du débiteur n'est due que 1° en cas de dol, 2° au cas où le cédant a formellement promis la solvabilité du débiteur, et 3° au cas où la cession est faite à titre de dot, par une dérogation au droit commun admise en faveur du mariage (1).

1217. Si le cédant, par une clause spéciale de la cession, a garanti la solvabilité du débiteur, est-ce la solvabilité au moment de la cession même qui est garantie seulement, ou bien la responsabilité que le cédant a assumée, pèse-t-elle sur lui jusqu'à l'extinction de la créance?

Il est évident que jamais, à moins que cela même n'ait été convenu, la responsabilité du cédant ne saurait être indéfinie jusqu'à l'extinction. Si la créance cédée est pure et simple, si, en un mot, elle est exigible, le cédant qui garantit la solvabilité, ne répond de cette solvabilité qu'au moment de la cession; car si après la cession, le débiteur devient insolvable et que le cessionnaire en souffre, il est certain que c'est de sa faute, puisqu'il aurait pu de suite poursuivre le paiement. Si, au contraire, la créance cédée n'est pas exigible, si elle est à terme ou sous con-

(1) Muhlenbruch, *Traité de la Cession*, § 64, II, p. 630.

dition, le cédant qui a garanti la solvabilité demeure responsable jusqu'à ce que la créance soit devenue exigible (1).

De même qu'en règle générale et sauf les trois cas exceptés, le cédant ne doit pas garantir la *bonitas* de l'obligation principale, ainsi, lorsque le cédant doit garantir la *veritas* des droits accessoires : gage, hypothèque, cautionnement (et il ne le doit que lorsqu'il a déclaré qu'ils existaient), ainsi, disons-nous, le cédant n'est pas tenu par cela de la *bonitas* de ces droits. Par conséquent, si l'hypothèque dont le cédant aurait déclaré l'existence, n'était pas la première en rang, si le cessionnaire était primé par un autre, le cédant n'en serait pas tenu. C'est pour ce motif que la L. 30, D. XX, 1, dit que le péril de l'hypothèque est pour le cessionnaire, tandis que le cédant doit seulement prouver la vérité de l'hypothèque.

1218. La cession par elle-même, et avant qu'elle ait été notifiée au débiteur, soit par le cessionnaire en personne, soit par son mandataire, n'établit de rapports nouveaux qu'entre le cédant et le cessionnaire. Elle ne change rien aux rapports entre le débiteur et son créancier. Par conséquent, avant cette notification, le cédant peut exiger le paiement et le débiteur se libérera en l'effectuant. Par le même motif, et parce que la compensation est un paiement réciproque, toute dette que le créancier cédant contracterait envers le débiteur avant cette notification, pourrait être opposée par le débiteur même au cessionnaire, parce que celui-ci doit subir toutes les exceptions qu'aurait dû subir le créancier cédant tant qu'il était en droit de poursuivre sa créance (2). Ceci a lieu, sauf les restitutions que le cédant devrait faire au cessionnaire du chef de la compensation et du paiement reçu, et enfin du chef de tout acte par lequel après la cession le cédant aurait diminué la créance.

Mais dès que le cessionnaire a notifié son droit au débiteur cédé, tout droit du créancier cédant est venu à cesser, et rien de ce qui se passerait entre le cédant et le débiteur ne saurait plus avoir le

(1) Voyez A Sande, *Comm. de actionum cessione*, cap. IX, n. 27-29. — Voet *ad Pand.*, XVIII, 4, n. 14.
(2) L. 3, C. IV. 35.

moindre effet à l'égard du cessionnaire. Dès cet instant, le débiteur est et demeure obligé à se libérer envers le cessionnaire; vainement le cédant ferait-il une notification contraire, elle demeurerait sans effet après la notification du cessionnaire (1).

C'est pourquoi, si la cession d'une créance était faite successivement à deux cessionnaires, la notification faite par le premier l'emporterait toujours sur celle du second; en effet le créancier n'a pu céder à celui-ci plus de droits qu'il n'en avait lui-même; or sa propre notification aurait été primée par celle du premier cessionnaire; donc celle du second cessionnaire doit être primée aussi, cette dernière fût-elle faite même avant la notification du premier. Mais ceci n'empêcherait pas le second cessionnaire d'user du reste des droits dont le cédant aurait pu encore user lui-même avant la notification du premier cessionnaire, à savoir, de percevoir le paiement, de compenser, de transiger, etc., actes dont le cédant porterait dans ce cas la responsabilité envers le cessionnaire (2).

1219. Si la créance cédée concernait deux débiteurs solidaires, il faudrait que la notification fût faite à l'un et à l'autre, pour que le paiement fait au cédant, par celui qui n'aurait pas été touché de la notification, ne libérât pas l'autre codébiteur à qui la notification aurait été faite.

1220. La cession soit conventionnelle, soit légale, soit judiciaire, fait passer la créance au cessionnaire avec tous les accessoires, intérêts, hypothèques, garanties, cautionnements, qui l'assurent, quoique du reste le cédant ne soit tenu de garantir la *veritas* de ces droits accessoires, que lorsqu'il a été déclaré que ces droits existaient. Ces points sont hors de toute controverse.

Il n'en est pas de même de la question de savoir si les privilèges, les *beneficia legis* dont une créance peut être entourée, passent également au cessionnaire. — Pour résoudre cette question, il faut partir d'un principe qui domine cette matière et qui nous est indiqué par les notions fondamentales de la cession même; c'est

(1) L. 55, D. III, 3.
(2) Voyez A Sande, ch. XII, n. 3.

que le cessionnaire peut et doit faire valoir la créance, absolument comme si le cédant lui-même la faisait valoir.

Ce principe est exprimé en toutes lettres dans les textes. La L. 2, D. XVIII, 4, parlant de la vente de l'hérédité, porte : *Id inter ementem et vendentem agitur, ut neque amplius neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum fuisset.* — La L. 6, D. *eod.* : *Nam beneficium venditoris prodest emtori.* — La L. 8, C. IV, 39 : *Ex nominis emptione dominium rerum obligatarum ad emptorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis secundum ea quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris, persecutio tribuitur.*

Tel est le principe d'après lequel, avec les modifications indiquées, se résoudra la question. Toutes les autres distinctions des interprètes, celle en *actiones directae* et *utiles,* celle en *privilegia causae* et *personae,* ne sauraient conduire qu'à des conséquences inexactes et repoussées par les textes. Pour répondre à la distinction des actions en directes et utiles, distinction d'après laquelle le cessionnaire pourrait faire valoir les priviléges du cédant dans l'action directe, tandis qu'il ne le pourrait pas si l'action est *utilis,* rappelons que nous avons vu plus haut que jamais le cessionnaire n'intente *utiliter* l'action cédée, que lorsqu'il l'intente il l'exerce comme le cédant; que les mots *actio utilis,* en matière de cession, signifient seulement que le mandat *ad litem* n'ayant pas eu lieu de fait, était présumé par la loi avoir eu lieu. — Et quant à la distinction des priviléges en *privilegia causae* et *personae,* comme si les premiers devaient se transmettre au cessionnaire, et les seconds point, par le motif que les premiers seraient seuls transmissibles aux héritiers, nous avons vu aussi qu'on ne peut conclure ni de la transmissibilité aux héritiers à la cessibilité, ni de la cessibilité à la transmissibilité aux héritiers. — C'est pourquoi la question ne peut recevoir de solution exacte que par l'application du principe posé, sous les modifications que nous avons à indiquer ci-dessous.

1221. Si, d'après le principe que nous venons d'énoncer, les priviléges passent en général au cessionnaire, on remarquera cependant :

1° Que cela ne peut pas s'appliquer aux priviléges qui ne se

trouvent dans aucun rapport direct avec le fond de la créance même, mais qui se rapportent seulement à la procédure, qui établissent en faveur de certaines personnes une procédure privilégiée ou exceptionnelle. Par conséquent, si le cédant jouit du *privilegium fori*, du privilége de citer le débiteur devant son propre *forum*, c'est-à-dire devant le juge de son domicile à lui cédant, s'il a le privilége que le jugement obtenu pas lui n'est pas sujet à appel (*de non appellando*), ou bien s'il jouit du privilége exceptionnel de pouvoir exiger caution des demandeurs, le cessionnaire ne jouira pas de ces priviléges qui ne se rapportent pas à la créance même, mais seulement à la procédure; et cela par le motif simple mais péremptoire, que bien que le cessionnaire n'exerce que les droits du cédant, il intente cependant l'action en son propre nom; c'est lui qui est demandeur au procès, c'est à son profit que se prononce le jugement.

2° Le principe que le cessionnaire exerce la créance comme l'aurait exercée le cédant, et que par conséquent, en règle générale, les priviléges passent au cessionnaire, doit s'appliquer avec cette seconde modification que le privilége personnel en lui-même ne passe pas au cessionnaire, mais seulement que l'émolument déjà acquis au moment de la cession, en vertu du privilége, se transmet. Le fisc, par exemple, a le privilége d'exiger pour les capitaux qui lui sont dus des intérêts de 6 pour cent alors même qu'il n'en a pas été stipulé. Ce privilége, quoique personnel, se transmet au cessionnaire du fisc, à l'égard des intérêts déjà échus au moment de la cession; mais il ne se transmet pas pour l'avenir, car le privilége en lui-même est inséparable du fisc.

Telle est la décision de la L. 43, D. XXII, 1, comparée avec la L. 68, D. L, 17. Le fisc avait recueilli une succession vacante; dans cette succession se trouvait une créance ne portant pas intérêt; le fisc en fait cession à un tiers : le cessionnaire peut-il exiger des intérêts, à partir du moment où le fisc est devenu créancier, *postquam fiscus debitum accepit?* Modestinus, à la L. 43, répond affirmativement : mais, d'après la L. 68, il est évident que ce n'est que jusqu'au moment de la cession, que le cessionnaire peut exiger les intérêts. Cette L. 43 ainsi interprétée, présente un sens

complet, conforme aux principes, et il n'est pas nécessaire d'intercaler dans le texte un *non* après *petere,* quoique cette intercalation donne un sens conforme à la version des Basiliques, mais qui nous éloignerait du véritable sens de la L. 43. Du reste, si l'on intercalait la particule *non,* la loi voudrait dire que les intérêts qui courent au profit du fisc, ne courent plus à partir de la cession, ce qui d'après la L. 68, D. L, 17, ne pouvait guère être l'objet d'un doute, tandis que l'on pouvait douter si l'émolument déjà acquis au moment de la cession, devait être perçu par le cessionnaire, alors que la créance non accompagnée de la stipulation d'intérêts, était née au profit d'un particulier, d'une personne non privilégiée, et n'avait fait que passer par les mains du fisc, — question résolue affirmativement par la L. 43.

Ainsi, les priviléges personnels, s'ils se transmettent au cessionnaire, ne se transmettent cependant que pour autant qu'ils ont déjà été appliqués à la créance et ont déjà produit un émolument que le cédant lui-même aurait pu poursuivre.

3° Une autre exception au principe que la créance passe avec les accessoires et priviléges, concerne le *privilegium exigendi.* Ce privilége, qui donne au créancier le droit d'être payé de préférence aux autres créanciers chirographaires, et qui rend l'hypothèque privilégiée lorsqu'il y est uni, ne passe pas au cessionnaire s'il est accordé seulement en faveur de la personne et s'il n'est pas uni à l'hypothèque; par exemple, le privilége *exigendi* du pupille à l'égard de ses tuteurs. Le *privilegium exigendi* passe au cessionnaire lorsqu'il est accordé en faveur de la *causa debendi,* lorsqu'il est un *privilegium causae,* tel est le privilége accordé au prêt fait pour la reconstruction d'un bâtiment (1).

C'est pourquoi la L. 42, D. XXVI, 7, relativement au *privilegium exigendi* personnel du pupille, décide que si l'un des tuteurs assigné par le pupille s'est fait céder l'action du pupille, ce tuteur cessionnaire ne jouira pas du *privilegium exigendi* à l'égard de son cotuteur; car, dit la loi, ce privilége n'est pas même trans-

(1) L. 25, D. XII, 1; — L. 1, D. XX, 2.

missible aux héritiers. Ainsi, par rapport aux *privilegia exigendi*, la distinction en *privilegia causae* et *personae* est vraie, en ce sens que les premiers sont accessibles aux héritiers et que les autres ne le sont point.

1222. Si nous résumons nos explications sur la question de savoir comment la créance cédée passe activement au cessionnaire, nous dirons : qu'elle est transmise avec tous les accessoires qui s'y sont unis jusqu'au moment de la cession, même avec le droit d'hypothèque que le cédant (qui reste toujours créancier) aurait stipulé depuis que la cession aurait été faite (1); qu'elle est transmise avec toutes les accessions, peu importe que ces accessions aient leur cause dans le fait du cédant, par exemple dans une stipulation, ou dans le droit commun, ou même dans un *jus singulare*, soit *privilegium causae*, soit *personae* (2).

Et quant aux *privilegia exigendi*, ceux-là ne se transmettent pas s'ils sont personnels; mais fussent-ils personnels, alors qu'ils sont unis à l'hypothèque, ils se transmettent dans tous les cas, de même que le *privilegium exigendi* se transmet toujours lorsqu'il est accordé en faveur de la *causa debendi*.

1223. Quant à la question de savoir si le cessionnaire peut appliquer à la créance qu'il a acquise ses propres priviléges, elle se résout par ces principes :

1° Que le cessionnaire n'exerce pas sa propre créance, son propre droit, mais le droit d'autrui (*procurator*).

2° Que ce droit d'autrui, il l'exerce cependant pour lui et en son nom; qu'il est *procurator in rem suam*.

De la première proposition : que le cessionnaire n'exerce que le droit du cédant, il suit qu'il ne peut nullement se prévaloir de ces priviléges pour ajouter au droit qu'il tient des tiers, soit en quantité, soit en qualité. Il y ajouterait en quantité, si par exemple le cessionnaire avait le pouvoir de percevoir des intérêts non stipulés. Il y ajouterait en qualité, s'il jouissait d'un *privilegium exigendi* ou d'une hypothèque légale. Le cessionnaire ne peut pas

(1) L. 6, L. 23, D. XVIII, 4; — LL. 6, 7, C. IV, 10.
(2) L. 43, D. XXII, 1; — L. 24, D. IV, 4; — L. 2, C. VIII, 19.

appliquer ses propres priviléges à la créance cédée à l'effet d'ajouter à cette créance; la position du débiteur cédé, ne saurait être aggravée de la sorte par un acte auquel il est resté étranger. La créance que le cessionnaire exerce, est toujours celle du cédant, et le cédant ne saurait transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même. Cette règle ne souffre pas même d'exception au profit du fisc. A la vérité, quand on lit les L. 43, D. XXII, 4, et L. 6, D. XLIX, 14, on doit convenir qu'aucun de ces textes ne se rapporte au cas où le fisc a été cessionnaire d'un tiers, mais que tous se rapportent à un cas de succession à titre universel. Donc il ne saurait être appliqué au cas de cession, car en cas de succession universelle la personne succède à la personne, tandis qu'en matière de cession il n'y a pas de succession de la personne à la personne, le cédant reste créancier et le cessionnaire exerce ses droits.

La L. 6, D. XLIX, 14, et la L. 43, D. XLII, 1, se rapportent évidemment à un cas de succession universelle. Il en est de même de la L. 23, D. IV, 4, où une héritière mineure fait valoir le bénéfice de la restitution contre une clause commissoire ajoutée à un contrat où était intervenu son père. — Aucun de ces textes n'a donc trait à la cession, et le cessionnaire ne saurait appliquer à la créance cédée aucun privilége tendant à augmenter cette créance, soit en qualité, soit en quantité : il est *procurator*.

Du second principe, que le cessionnaire exerce cependant le droit d'autrui pour lui-même, il suit qu'il transporte à ce droit d'agir tous les priviléges qui ne touchent pas au fond de la créance, mais qui concernent seulement la procédure, *beneficium fori, beneficium de non appellando, beneficium non praestandae cautionis.* Le *beneficium aetatis* même, pour autant qu'il tendrait à faire restituer le cessionnaire contre un acte de procédure, pourrait être invoqué à l'égard de la créance cédée (1).

1224. Nous venons de voir comment la créance se transmet au cessionnaire activement, c'est-à-dire eu égard aux droits que le cessionnaire peut faire valoir. Il nous reste à examiner les effets

(1) L 7, § 3, D. IV, 4.

du transport eu égard aux défenses et exceptions que le débiteur peut opposer au cessionnaire et que celui-ci doit souffrir.

Ici encore nous partirons du principe que le cessionnaire ne fait qu'exercer la créance de son cédant, et que celui-ci n'a pu lui transférer plus de droits qu'il n'en avait lui-même. D'où il suit que si le débiteur avait à faire valoir des exceptions contre le cédant, il peut aussi les opposer au cessionnaire, pourvu toutefois que ces exceptions aient une cause antérieure à la notification que le cessionnaire a faite au débiteur.

Quand il s'agit de l'exception de la compensation, il ne suffit pas que la cause de l'exception ait été antérieure à cette notification, il faut que la compensabilité ait déjà existé en ce moment, il faut que les deux dettes aient déjà été échues et liquides, car dès cette notification, rien de ce qui se passe entre le cédant et le débiteur ne regarde plus le cessionnaire qui seul est désormais maître de la créance. Vainement après la notification, le cédant transigerait avec le débiteur, ou lui ferait remise, ou contracterait une dette envers lui, le débiteur ne pourrait aucunement se prévaloir de ces exceptions contre le cessionnaire.

Donc, si le débiteur peut, en règle générale, opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il a acquises *ex persona cedentis* en traitant avec le cédant, il faut cependant en excepter :

1° Celles dont la cause serait postérieure à la dénonciation faite par le cessionnaire.

2° Celles qui rapportent à la procédure et ne touchent pas au fond même de la créance, et si la cause de ces exceptions de procédure ne réside pas aussi dans la personne du cessionnaire.

Supposez que le cédant soit un étranger qui, comme tel, pour être admis à intenter son action, aurait dû fournir un cautionnement; du défaut de ce cautionnement résulte pour le défendeur une exception; cette exception de procédure, le débiteur ne peut pas l'opposer au cessionnaire régnicole, car le cessionnaire, s'il exerce le droit d'autrui, agit par lui en son propre nom. Le débiteur ne pourrait opposer une telle exceptiou au cessionnaire qu'au cas où celui-ci aussi serait un étranger, qu'au cas où la cause de l'exception résiderait également en sa personne.

Tels sont les seuls cas où le débiteur ne peut pas opposer au cessionnaire les exceptions *ex persona cedentis,* les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant, si celui-ci avait lui-même intenté l'action.

1225. Quant aux exceptions que le débiteur a acquises en traitant avec le cessionnaire et que des auteurs appellent *ex persona cessionarii exceptiones,* il est évident que le débiteur peut les opposer, que la cause en soit antérieure ou postérieure à la dénonciation qui lui a été faite par le cessionnaire; sauf toutefois les exceptions de la chose jugée et du serment, lesquelles, si la cause en est antérieure à la notification, ne sauraient être d'aucun effet; car, si le débiteur a juré qu'il ne doit rien au cessionnaire, si un jugement a déclaré qu'il ne lui doit rien, il est impossible que ce serment, que ce jugement puisse se rapporter à une créance dont la cause n'a pas encore existé au moment du jugement, au moment du serment. Mais si l'exception a sa cause dans une convention que les parties ont pu rapporter à la cession, dans la prévision qu'elle se ferait, soit pacte *de non petendo,* soit transaction, pactes d'où naît l'exception *doli,* ou si un paiement a été fait dans une telle prévision, ou une novation, actes qui éteignent la créance *ipso jure,* il importe peu alors que ces événements libératoires *per exceptionem* ou *ipso jure* aient eu lieu avant la notification faite au débiteur, ou postérieurement : l'exception pourra toujours être opposée au cessionnaire.

D'après cela nous ferons les distinctions suivantes :

1° Le débiteur peut toujours *ex persona cessionarii* opposer l'*exceptio doli :* c'est-à-dire qu'il peut toujours opposer l'exception *doli* résultant du pacte *de non petendo* ou d'une transaction; il peut l'opposer, que la convention soit intervenue avant ou après la notification.

2° Quant aux autres défenses ou exceptions, il peut aussi opposer toujours celles qui sont basées sur un événement qui éteint la créance *ipso jure,* comme le paiement, la novation.

3° Il peut se servir des autres exceptions proprement dites, *rei judicatae, jurisjurandi,* si la cause en est postérieure à la notification à lui faite par le cessionnaire.

4° Enfin il est évident que le débiteur peut opposer au cessionnaire, comme le peut tout défendeur à tout demandeur, les exceptions qui se rapportent *ad legitimationem causae,* c'est-à-dire aux qualités du demandeur; toutes celles par conséquent qui tiendraient à lui contester la qualité de cessionnaire, ce qui obligerait le demandeur à prouver que la cession lui a été faite par le créancier, ou qu'il est cessionnaire de par la loi.

1226. Quant aux exceptions *ex persona ipsius debitoris,* c'est-à-dire quant aux exceptions attribuées au débiteur à raison de sa position personnelle, tel que le délai de grâce, le *beneficium competentiae,* la cession ne saurait y exercer aucune influence, car elle ne saurait priver le débiteur d'un droit qu'il tient de la loi. C'est pourquoi l'on a justement critiqué l'opinion de Mühlenbruch concernant le *beneficium competentiae.* D'après son opinion, le débiteur cédé ne jouirait de ce bénéfice à l'égard du cessionnaire, que pour autant que le cessionnaire aussi se trouverait à l'égard du débiteur dans les mêmes rapports que le cédant. Ce bénéfice est accordé entre parents et enfants, mari et femme, et entre associés; donc, suivant Mühlenbruch, il faudrait que la cession se fit, soit à un associé du débiteur, soit à sa femme, soit à son enfant, pour que le débiteur continuât de jouir du bénéfice et pût l'opposer au cessionnaire. Ainsi, il suffirait à l'associé qui voudrait priver du bénéfice son associé débiteur, de céder sa créance à un tiers; il suffirait à l'enfant, pour en priver son père, de céder sa créance à un tiers. Mais ce serait là une conséquence contraire à la bonne foi et aux bonnes mœurs. L'exception du *beneficium competentiae* n'est pas seulement, comme on l'a dit, une exception de procédure, de forme que l'on oppose à l'action *judicati,* elle touche au fond de la créance même, parce qu'elle la diminue; or, de telles exceptions peuvent toujours être opposées au cessionnaire aussi bien qu'au cédant. Si le *beneficium competentiae* ne peut être opposé aux héritiers de la personne à l'égard de laquelle le débiteur en jouit, on ne saurait en conclure qu'il ne saurait être opposé au cessionnaire; mais ce qui résulte de là, c'est qu'il ne peut réellement être opposé au cessionnaire qu'aussi longtemps que le cédant vit encore, aussi longtemps qu'il pourrait être opposé au cédant, s'il agissait lui-même.

1227. Si d'après ces explications nous recherchons quelles sont les exceptions que le débiteur peut opposer au cessionnaire, nous trouverons qu'il y a lieu de distinguer quatre espèces d'exceptions :

1° Des exceptions *ex ipsa nominis causa descendentes,* telles que les exceptions *doli, metus, senatusconsulti Macedoniani, senatusconsulti Velleiani, indebiti, laesionis ultra demidium.*

2° Des exceptions *ex persona cedentis,* c'est-à-dire toutes les exceptions autres que celles qui coexistaient avec la créance même, tels que paiement, l'acceptilation, la novation, la compensation, la transaction, le pacte de *non petendo,* la *res judicata* et le serment.

3° Des exceptions *ex persona cessionnarii,* reposant sur les actes précités, lorsque ces actes sont intervenus entre le cessionnaire et le débiteur.

4° Des exceptions *ex persona debitoris,* celles que la loi accorde à un débiteur, à cause de sa position spéciale : le délai de grâce, le *beneficium competentiae,* etc.

Quant aux exceptions indiquées sous le n° 1, le débiteur peut toujours les opposer au cessionnaire.

Quant à celles de la seconde catégorie, le débiteur peut également les opposer au cessionnaire, pourvu que la cause en soit antérieure à la notification faite au débiteur; mais elles ne peuvent pas être opposées au cessionnaire, si la cause en est postérieure à la notification.

Enfin on ne peut lui opposer celles qui ne concernent que la procédure. Si par exemple le cédant est un étranger qui aurait dû fournir caution, l'exception tirée du défaut de cautionnement, ne peut être opposée au cessionnaire qui n'est pas étranger.

Tels sont les seuls cas où le débiteur ne peut pas opposer au cessionnaire les exceptions *ex persona cedentis.*

Cependant des auteurs mentionnent en outre l'exception du pacte *de non petendo,* quand il est personnel, quand le créancier, par exemple, a promis au débiteur : *a te non petam,* se réservant son droit contre les héritiers du débiteur. Mais cette opinion conduirait à des conséquences directement contraires à l'équité et à la foi donnée, car si le débiteur ne pouvait pas faire valoir cette excep-

tion à l'encontre du cessionnaire, ne suffirait-il pas que le créancier qui aujourd'hui aurait dit : *a te non petam*, cédât sa créance à un tiers, pour effacer complétement l'effet de cette promesse ? On peut donc s'étonner de voir citer des textes à l'appui d'une telle opinion, mais aussi aucun de ces textes ne saurait s'appliquer à la question qui nous occupe.

A la L. 28, § 2, D. II, 14, il s'agit de savoir si l'esclave ou le fils de famille a le droit de réduire par un pacte de remise, une créance appartenant au pécule, ou seulement d'en ajourner l'exigibilité; il s'agit de savoir si au cas où pareille remise a été faite, le débiteur sera admis à s'en prévaloir auprès du *pater familias* : question que le jurisconsulte résout négativement, en se fondant sur ce que l'esclave et le fils de famille, alors même qu'ils auraient la libre administration du pécule et qu'ils pourraient aliéner, n'auraient cependant pas le droit d'en disposer à titre gratuit. Ainsi le débiteur, au cas de la L. 28, ne pourrait pas opposer au *pater familias* l'exception de la remise qu'il aurait obtenue du fils ou de l'esclave, non capables de faire une telle remise. Mais quelle différence entre ce cas et celui où le débiteur veut se prévaloir auprès du cessionnaire, d'une remise ou d'un délai qu'il avait obtenu du créancier cédant à une époque où l'on ne pouvait certes pas contester à ce créancier le droit de disposer de sa créance comme il l'entendait?

La L. 57, § 1, D. II, 14, invoquée également à l'appui de l'opinion que nous rejetons, ne parle que du droit des héritiers lorsque le pacte est personnel; pas un mot ne s'y trouve concernant la cession. Si, dit ce texte, je vous promets que moi, en personne, je n'exigerai rien de vous (ce qui implique que mes héritiers pourront poursuivre ce qui est dû), ou bien si je promets que je n'exigerai rien de vous personnellement (ce qui implique réserve de poursuivre vos héritiers) : au premier cas mon héritier pourra poursuivre la créance contre vous tous (débiteur et héritiers), au second cas nous pourrons tous, mes héritiers ou moi, poursuivre votre héritier. Ira-t-on en conclure que de tels pactes ne sont pas obligatoires pour le cessionnaire qui, après tout, n'agit pas *ex jure proprio,* mais ne peut jamais exercer que le droit

du cédant? — Ce serait dire qu'on peut impunément manquer à la foi donnée.

Il faut cependant admettre cette réserve, que lorsque le créancier a promis que lui personnellement n'exigerait rien du débiteur, cette exception ne peut être opposée au cessionnaire que tant que le créancier cédant sera en vie, et non après sa mort.

1228. Nous pourrions clore ici nos observations sur les exceptions du débiteur contre le cessionnaire *ex persona cedentis;* mais nous avons encore à faire une mention spéciale de l'exception *doli* à cause d'une opinion assez généralement accréditée relativement à cette exception, et que nous ne pouvons admettre.

Elle a sa source dans une distinction juste qui a été faite par les glossateurs, mais qui ensuite a été mal appliquée, et qu'à défaut de toute autre raison on s'est efforcé d'appuyer sur la L. 4, §§ 28-29, D. XLIV, 4. Elle a passé dans une foule de livres, et à ce titre elle mérite notre attention.

Au sujet d'une espèce d'interdiction dont fut frappée pendant le moyen-âge et même plus tard, toute personne qui était mise au ban de l'Église, et qui devenait par cela même incapable d'ester en justice, les glossateurs et l'école qui les a suivis, ont soulevé la question de savoir si l'exception née de cette incapacité, et qu'ils ont appelée *exceptio banni* ou *excommunicationis*, pouvait être opposée au cessionnaire de l'excommunié, comme au cédant lui-même.

Quelques-uns ont résolu la question au moyen d'une distinction entre l'action directe et l'action utile, distinction dont nous avons montré le non-fondement (n° 1184); ils admettaient l'exception contre le cessionnaire au cas où il tenait son droit conventionnellement du cédant; ils la rejetaient au cas où il tenait son droit de la cession légale. Mais beaucoup plus généralement on a distingué entre la cession à titre gratuit et celle à titre onéreux, admettant l'exception contre le cessionnaire à titre gratuit, ne l'admettant pas contre le cessionnaire à titre onéreux.

Comme cette exception *banni* avait un caractère personnel, on a opposé cette exception, comme *personalis*, aux autres exceptions qui se rapportent à la qualité ou à la quantité de la créance même,

à celles qui, comme on disait, concernaient le mérite de la créance (*rei cohaerentes*), et l'on a dit : ces deux espèces d'exceptions peuvent être opposées par le débiteur au cessionnaire, pourvu que ce soit antérieurement à la notification; les *personales*, au contraire, ne peuvent être opposées au cessionnaire que pour autant qu'il s'agit d'un cessionnaire à titre gratuit; quand la cession est onéreuse, l'exception personnelle ne peut pas être opposée au cessionnaire.

Bientôt la qualification d'exception personnelle restreinte dans l'esprit des auteurs de la distinction même, à l'exception *banni*, fut étendue par plusieurs jurisconsultes à l'exception *doli*, parce que dans certaines circonstances et surtout dans son opposition avec l'exception *quod metus causa, rei venditae et traditae*, on a vu que les textes donnent à cette exception un caractère personnel (1); si bien, qu'assimilant l'exception *doli* à l'exception *banni*, on a dit aussi de la première, qu'elle ne pouvait pas être opposée au cessionnaire, lorsque la cession avait eu lieu à titre onéreux, opinion à l'appui de laquelle on a cru pouvoir invoquer la L. 4, § 27, D. XLIV, 4; et cette doctrine s'est accréditée.

Nous ne dirons plus rien de la distinction entre l'action directe et l'action utile (V. n°s 1183 et 1184). Mais quant à celle en exceptions *in rem* et *in personam*, remarquons :

1° Que la même exception, suivant le point de vue auquel on se place, parait tantôt affectée d'un caractère personnel, tantôt d'un caractère réel. Ainsi l'exception *doli* opposée à l'exception *quod metus causa*, et quand il s'agit de savoir à qui elle peut être opposée, a un caractère personnel (2). S'agit-t-il de savoir qui peut l'opposer, elle a souvent un caractère réel : ainsi, l'exception *doli* que le possesseur d'une chose a contre le revendiquant, se transmet avec la chose au tiers-acquéreur. C'est pourquoi, la même L. 2, § 2, D. XLIV, 4, invoquée à l'appui de la doctrine que nous combattons, dit que l'exception *doli* est *in rem* de la part de celui qui l'oppose. D'où nous pouvons conclure déjà que les jurisconsultes romains n'ont pas généralisé la distinction en excep-

(1) Voyez les LL. 2, § 1, et 4, § 33, D. XLIV, 4 et plus haut le n° 119.
(2) L. 2, § 1; L. 4, § 33, D. XLIV, 4.

tions réelles et personnelles. Et de là il suit qu'à moins d'un texte formel, on ne saurait prétendre que les unes seraient moins que les autres susceptibles d'être opposées au cessionnaire.

2° Remarquons enfin, c'est ici notre dernière observation, qu'on ne saurait nullement inférer de la L. 4, § 27, D. XLIV, 4, que l'exception *doli* ne pourrait pas être opposée au cessionnaire lorsque la cession a eu lieu à titre onéreux.

Cette loi énonce le principe que l'acheteur n'est pas passible de l'exception tirée du dol commis par son auteur : *de auctoris dolo exceptio emptori non objicitur;* principe qui est fondé sur ce que le dol qu'on emploie pour acquérir une chose, n'est pas en droit romain un obstacle à ce que la propriété soit transférée (il en est autrement en droit français), sauf le recours personnel contre l'auteur du dol. Donc, si A par exemple, employant des manœuvres frauduleuses pour persuader à B l'existence d'un crédit imaginaire, se fait vendre par lui une propriété à crédit, et que A revende cette propriété de B, victime du dol, celui-ci ne pourra pas opposer à C le dol dont A, son auteur, a usé à l'égard de B. Ainsi, quand il s'agit du droit de propriété, le propriétaire, le défendeur B ne pourra pas opposer à C, cessionnaire de A, le dol pratiqué par le cédant A. L'exception *doli* a donc ici un caractère personnel, elle ne peut être opposée qu'à l'auteur du dol, et non à l'acquéreur qui en est exempt; elle a un caractère personnel, parce que l'acte entaché de dol n'est pas nul de plein droit, n'est pas un obstacle au transport de la propriété; le dol ouvre seulement un recours personnel contre son auteur, et il en est de même en matière de transport du droit d'hérédité, comme l'explique le § 28 de la même L. 4.

La règle que la L. 4, §§ 27-28, D. XLIV, 4, établit pour le transport des droits réels, à savoir que le dol du cédant ne peut pas être opposé au cessionnaire, a été transporté par la plupart des interprètes à la cession des créances; et comme à la même L. 4, cette règle est soumise à deux exceptions, ces exceptions *pro subjecta materia* reçurent la même extension. La première exception consiste en ce que le dol de l'auteur peut être opposé à l'ayant-droit (cessionnaire), lorsque le transport a eu lieu à titre gratuit. La seconde exception consiste en ce que le dol peut être opposé à l'ayant-droit,

lorsqu'il invoque la possession de l'auteur. Le § 27 dit à cet égard que l'exception qui est *rei cohaerens*, nuit à l'acheteur.

Maintenant nous savons que le texte ne parle pas du transport des créances. Mais peut-on, raisonnant par analogie, l'étendre à ce transport? — Ceux qui l'ont fait n'ont pas tenu compte de l'immense différence entre le transport de la propriété et celui des créances. En matière de propriété, partant du principe que le dol n'empêche pas ce transport, l'on doit dire que celui qui a acquis un droit de propriété par dol, peut aussi transmettre ce droit. Le cessionnaire de l'acquéreur qui a commis un dol, s'il agit par voie de revendication, ne saurait donc être repoussé par un fait qui ne le concerne pas, et qui n'a acquis aucun caractère de réalité. De plus, le nouvel acquéreur ou le cessionnaire d'un droit de propriété, s'il intente la revendication, agit *ex proprio jure;* c'est son droit qu'il invoque, qu'il fait valoir, et il est de la nature de tout droit réel de ne pas être diminué par les obligations que l'auteur aurait contractées relativement à la chose transmise.

Il en est tout autrement du cessionnaire d'une créance : celui-ci n'agit pas *ex proprio jure,* ne fait pas valoir son propre droit, mais le droit de son cédant; donc ce droit à son égard doit demeurer limité comme il le serait à l'égard du cédant, et comme il le serait si le cédant le faisait valoir lui-même.

Quant à l'opinion de ceux qui distinguent entre le dol *rei cohaerens* et le dol *ex post facto,* et qui admettent que le premier seul peut être opposé au cessionnaire, et que le second ouvre seulement un recours au débiteur contre le cédant, cette distinction est contraire à la nature de la cession. Tout fait qui diminue, qui affaiblit le droit de créance, doit pouvoir être opposé au cessionnaire comme au cédant, et c'est vainement qu'on chercherait un argument en faveur de cette opinion dans la L. 4, § 17, D. XLIV, 4, puisque cette loi dit seulement que le dol commis par le fils de famille ou par l'esclave ne peut être opposé au *pater familias,* que pour autant qu'il a été commis dans un acte appartenant à l'administration du pécule, ou dont le *pater familias* serait responsable en vertu de l'action *quod jussu.* Mais il serait impossible d'y trouver un argument pour la cession.

De sorte qu'il reste vrai, sans d'autres réserves que celles qui se rappportent aux exceptions dont la cause serait postérieure à la notification et aux exceptions *fori*, que le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant; et qu'il est inexact d'établir quelque règle particulière, soit pour l'exception du pacte *de non petendo* personnel, soit pour l'exception *doli*.

1229. Si, comme nous l'avons vu, le débiteur cédé peut, en règle générale, opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il eût pu opposer au cédant, d'un autre côté le cessionnaire peut opposer au débiteur :

a. Toutes les répliques que le cédant lui-même eût pu opposer au débiteur. Supposez une convention par laquelle il est convenu que le créancier n'exigera rien du débiteur, suivie d'une autre convention anéantissant le pacte *de non petendo* (1) : dans ce cas le cessionnaire à qui le débiteur opposera *ex persona cedentis* le pacte de *non petendo*, répliquera par l'*exceptio doli* tirée du pacte *ut petatur*, et le cessionnaire pourra opposer au débiteur la réplique *ex persona cedentis*, quand même elle serait fondée sur un *jus singulare* (privilége). Exemple : Le cessionnaire à qui le débiteur oppose la compensation *ex persona cedentis*, tient son droit du fisc, et la créance est une de celles à l'égard desquelles le fisc n'était pas passible de l'exception de la compensation : dans un tel cas le cessionnaire aussi pourra répliquer *ex jure singulari* contre la compensation *ex persona cedentis*, que lui opposerait le débiteur (2).

b. Le cessionnaire peut aussi opposer au débiteur la réplique qui se rattache aux exceptions *ex persona cessionnarii* que fait valoir le débiteur.

c. Le cessionnaire peut opposer au débiteur toutes les répliques dont il pourrait se servir d'ailleurs contre tout défendeur; par exemple si le cessionnaire avait un *privilegium fori*, et que le débiteur excipât de ce que le juge devant lequel il a été assigné, n'est

(1) L. 57, D. II, 14.
(2) L. 46, § 4, D. XLIX, 14.

pas celui de son domicile, le cessionnaire pourrait répliquer par son privilége à cette exception du défendeur.

1230. Quant à la demande reconventionnelle que formerait le débiteur assigné contre le cessionnaire, on sait que c'est une demande que le défendeur de son côté forme contre le demandeur, et qui diffère de la compensation en ce qu'elle n'est point liquide, mais que le juge, suivant son degré de fondement et de connexité, peut lier à la première demande de manière que la compensation s'opère en vertu du jugement et après liquidation. Cette compensation diffère de la compensation proprement dite, en ce que cette dernière opère *ipso jure*, c'est-à-dire reporte, dès qu'elle est admise, ses effets jusqu'au moment où les deux dettes ont coexisté ensemble en état de liquidité et de compensabilité, tandis que la compensation qui s'établit par reconvention n'a point d'effet rétroactif.

Si la demande reconventionnelle est opposée par le débiteur au cessionnaire *ex persona cedentis*, il est à remarquer que le débiteur ne peut pas opposer au cessionnaire des exceptions qui ne se trouvent dans aucun rapport réel avec la créance; qu'il ne peut donc pas avoir le droit non plus de lui opposer une demande nouvelle *ex persona cedentis;* le débiteur du chef d'une telle demande, doit s'en tenir au cédant. Tel est le principe de la L. 34, D. III, 3, qui cependant renferme une réserve pour le cas de dol, comme nous le verrons ci-après.

Pour soutenir l'opinion contraire, ou du moins pour faire dépendre la question de distinctions qu'elle ne comporte pas, on a argumenté des LL. 33, 35 et 70, D. III, 3. Ces textes ont causé l'erreur des interprètes, parce qu'on n'a pas fait attention à la véritable signification de *defendere,* ni aux divers cautionnements qui étaient requis lorsqu'une action était intentée par un *procurator ad litem,* formalités qui s'appliquaient aussi à la cession, le cessionnaire n'étant qu'un *procurator in rem suam.* La L. 33, § 3, D. III, 3, dit : *Cujus nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum viri boni arbitratu defendat : et ei, quo nomine aget, id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisdet.* — On a traduit : Le *procurator ad litem* doit défendre son principal.... La même loi, § 5, ajoute : *Si quis in rem suam procurator*

interveniat, adhuc est dicendum debere eum defendere, nisi forte ex necessitate fuerit factus. — On traduit : Le cessionnaire doit défendre le cédant à moins que la cession n'ait été nécessaire, c'est-à-dire, d'après la plupart des interprètes, à moins qu'il ne s'agisse de l'action *utilis;* enfin la L. 35, D. *eod.*, impose la même obligation au cessionnaire lorsque la cession est légale. Or, dit-on, si le cessionnaire doit défendre le cédant, il en résulte que le débiteur peut opposer reconventionnellement au cessionnaire la prétention qu'il avait à faire valoir contre le cédant.

Mais la signification du mot *defendere,* dans les textes cités, est bien loin d'être telle. Si d'après la procédure formulaire, il fut admis que les parties pouvaient se faire représenter en justice par un *procurator,* cette représentation ne fut pas admise cependant purement et simplement, elle ne le fut qu'à la condition que le *procurator* fournit la caution que le maître ratifierait; car, *stricto jure,* dit Gaius (*Comm.* IV, 98), lorsqu'on était représenté par un *procurator* et non par un *cognitor* (le créancier présentait celui-ci au juge), on pouvait encore intenter l'action soi-même, de sorte que sans cette *satisdatio* le défendeur aurait été exposé à deux demandes consécutives. Ce cautionnement a fini cependant par n'être pas requis lorsque le cédant avait donné un mandat par écrit : *Non est incerti juris, eum qui apud acta factus est agentis procurator, non compelli ratam rem dominum habiturum satisdare; hoc enim casu velut praesentis procuratorem intervenire intelligendum est* (L. 1, C. II, 57).

Le cautionnement n'était pas requis non plus lorsque la cession était nécessaire; car la caution était dans ce cas inutile pour le défendeur, puisqu'il serait ridicule de parler de ratifier un acte là où on doit le subir.

Donner cette caution *de rato habendo,* voilà donc la signification du mot *defendere* dans les textes cités. L'idée de *defendere* implique celle de garantir quelque chose à quelqu'un, et ce qui prouve invinciblement que *defendere* est pris ici dans la signification de *garantir, de se porter caution,* ce sont les mots *boni viri arbitratu* qui suivent immédiatement, et qui n'ont pas de sens si on traduit *defendere* par défendre. Par conséquent, ces

mots protestent contre cette signification, tandis que : donner un cautionnement arbitré par un *bonus vir*, offre un sens juridique parfait. Du reste, la L. 5, § 3, D. XLVI, 7, explique directement *defendere* par *satisdare*.

Ainsi, on ne saurait argumenter ni de la L. 33, ni de la L. 35, pour prétendre que le débiteur peut opposer reconventionellement au cessionnaire la prétention qu'il aurait pu élever contre le cédant.

Reste la L. 70, D. III, 3. *Defendere* s'y rapporte encore à un de ces cautionnements dont l'emploi fut si fréquent dans la procédure formulaire, cautionnement dont l'objet nous est indiqué par la L. 1, C. II, 57. Après avoir dit au sujet du cautionnement *de rato habendo*, que cette formalité n'est pas requise du *procurator ad litem* qui produit un acte écrit, cette loi passe à un autre cautionnement par lequel le *procurator* s'engagerait formellement à admettre, sauf discussion, toutes les défenses et exceptions que le débiteur faisait valoir *ex persona cedentis*. C'était la *satisdatio super excipienda lite*, comme l'appelle la L. 1, C. II, 57, et c'est de cette *satisdatio* qu'il est question à la L. 70, dont voici l'espèce. Par testament un père a donné Sempronius, son créancier, pour tuteur à son fils; le tuteur, après avoir administré la tutelle, laisse pour héritier son frère, qui lègue la créance qu'il tenait de Sempronius, à Titius, à qui les héritiers de ce frère font la cession d'action : de là la question de savoir si le légataire Titius ne doit pas promettre de subir les exceptions que le pupille aurait pu opposer aux héritiers de Sempronius et de son frère, du chef de la créance; en d'autres termes, si le légataire Titius n'est pas tenu de la *satisdatio super excipienda lite;* et c'est cette question, et non pas celle de savoir si le cessionnaire doit souffrir une demande reconventionnelle, que le jurisconsulte résout affirmativement.

D'aucun de ces textes il ne suit que le cessionnaire soit tenu reconventionnellement des prétentions que le débiteur cédé aurait pu élever contre le cédant; c'est le contraire que la L. 34, D. III, 3, pose en principe, et ce principe n'est modifié que pour le cas où le cédant n'aurait fait la cession que dans un esprit de fraude,

dans le but de ne pas rencontrer la demande reconventionnelle que le débiteur eût pu former contre lui. Dans un tel cas, et si le cessionnaire a participé à cette fraude, le cessionnaire devra subir la demande reconventionnelle : *qui dolo desiit possidere, perinde est ac si possideret.*

Telle est la décision de la L. 34, fondée sur ce que le cessionnaire d'une créance ne succède pas dans tous les droits et obligations qui peuvent exister entre un créancier et un débiteur, mais seulement dans les droits et obligations qui se rattachent à la créance cédée. L'acheteur d'une succession poursuit un débiteur *procuratorio nomine,* doit-il défendre le vendeur, *an debeat invicem venditorem defendere?* — *Invicem,* indique qu'il s'agit ici d'une contre-prétention que le débiteur a élevée contre le vendeur, qu'il s'agit d'une reconvention. — La réponse est : Si la cession n'a pas eu lieu en fraude du débiteur qui était dans le cas d'agir reconventionnellement avec le vendeur, *si non in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, gestum sit negotium, non oportere eum invicem defendere :* le cessionnaire n'a pas l'obligation de répondre à la demande reconventionnelle, ni d'y satisfaire.

De la discussion de ces textes résulte donc que la demande reconventionnelle ne peut être admise.

1231. Une exception particulière que le débiteur puise dans la cession même, est l'exception *doli, legis Anastasianae.* En vertu d'une constitution de cet empereur, aucun cessionnaire d'une créance, lorsque la cession avait eu lieu à prix d'argent, ne pouvait exiger du débiteur plus que le prix qu'il avait payé; la différence entre le prix et le montant de la créance était une perte pour le cédant et un bénéfice pour le cédé, qui, au moyen de l'exception, pouvait réduire au prix payé la demande du cessionnaire en remboursement de la créance.

La loi d'Anastase avait pour but d'empêcher que des agents d'affaires ou de mauvais légistes ne trafiquassent des prétentions incertaines, et ne parvinssent, en leur qualité de cessionnaires, à inquiéter les débiteurs et à leur arracher par leurs vexations, des concessions ou transactions où l'esprit de chicane devait toujours triompher de la bonne foi et de l'ignorance. *Comperimus,* dit la

L. 22, C. IV, 35, *quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes, cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare, hocque modo diversis personas litigatorum vexationibus afficere.*

Cette loi est toute entière conçue dans l'intérêt du débiteur; c'est pourquoi, bien qu'elle ne dise pas en termes formels que la différence entre le prix et le montant de la créance, est un profit pour le débiteur, bien que la L. 23 ne parle que de ventes déguisées en partie sous la forme de donations, il ne faut pas moins admettre que dans tous les cas où le cessionnaire a payé une somme moindre que le montant de la dette, la différence profite au débiteur cédé. La loi n'a été portée que dans l'intérêt du débiteur; cette pensée doit partout suppléer à sa lettre.

A la L. 22, C. IV, 35, l'Empereur n'a sanctionné cette disposition que pour le cas de vente; du temps de Justinien il paraît qu'on avait éludé la loi par des donations simulées, c'est-à-dire en transportant partie de la créance à titre de vente, partie à titre de donation. La L. 23, C. IV, 35, de Justinien, est venue compléter la loi d'Anastase, et empêcher ce détour, en disposant qu'en pareil cas la créance ne devait pas s'estimer dans la proportion de la partie vendue, mais que le cessionnaire, pour tout paiement, devait être satisfait de la somme qu'il avait payée au cédant, de manière, dit la loi, que la partie cédée à titre gratuit ne profitât ni au cédant ni au cessionnaire, disposition prise dans l'esprit de la L. 22. Donc le débiteur profite de la différence, et il n'existe plus même d'obligation naturelle.

A qui incombe-t-il d'établir, de prouver le prix que le cessionnaire a payé au cédant? Est-ce au cessionnaire ou au débiteur?

Cette question est controversée. Si la preuve incombe au cessionnaire, l'exception *legis Anastasianae* n'est pas une exception proprement dite; pareille à l'exception *non numeratae pecuniae*, elle constitue alors ce que nous appelons aujourd'hui une défense, une dénégation qu'il suffit d'opposer au défendeur et qui, dans l'espèce, consiste à dire au cessionnaire : Vous n'avez pas payé la somme équivalente au montant de la créance.

Telle est aussi l'opinion généralement adoptée, et que pour notre part nous n'hésitons pas à admettre, la trouvant pleine-

ment justifiée par les textes. Ils restreignent en effet l'action du cessionnaire au prix payé. La L. 22, C. IV, 35, dit : *Ita tamen, ut si quis datis pecuniis hujusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem, et usurarum ejus actiones exercere permittatur, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit.* Ce prix constitue donc ce que le cessionnaire est en droit de réclamer. Or, comme tout demandeur doit prouver et le fondement et le montant de sa créance, cette preuve du prix incombe nécessairement au cessionnaire; mais comme la loi ne requiert aucune preuve spéciale, il en résulte aussi que tout moyen de preuve est admissible, sauf preuve contraire(1).

D'après sa lettre, cette loi ne s'applique qu'aux cessions qui ont eu lieu à prix d'argent, vente directe ou simulée : *Si quis datis pecuniis hujusmodi subierit cessionem.* Par conséquent, la L. 22 ne s'applique pas :

1° Au cas où la créance a été cédée à tout autre titre : échange, donation sincère, etc.

2° Au cas où des cohéritiers ou des colégataires se font cession de créances pour faciliter le partage. — Ce cas et les deux suivants sont indiqués par la loi elle-même, comme demeurant en dehors de ces dispositions.

3° Il en est ainsi encore du cas où un créancier se fait céder une créance de son débiteur, c'est-à-dire où une créance est donnée *ex causa solutionis.*

4° Est encore excepté le cas où le possesseur d'une chose hypothéquée pour la sûreté d'une créance, achète cette créance, afin de s'assurer la possession de la chose grevée d'hypothèque.

5° Enfin, il est à remarquer que la loi d'Anastase ne peut point s'appliquer aux créances qui sont vendues comme faisant partie d'une *universitas,* d'une succession par exemple, car en pareil cas il y a impossibilité complète de déterminer au juste le prix de la créance.

A peine est-il nécessaire d'ajouter que cette loi ne s'applique

(1) Voyez Spangenberg, *Diss. num legis Anastasianae exceptio vera sit exceptio, an potius ad negativam litiscontestationem referenda.* Jena, 1805; in-8°. — Muhlenbruch, *Traité de la Cession,* § 61, p. 605.

pas aux créances litigieuses, dont la cession, comme nous l'avons vu, est tout-à-fait frappée de nullité (n° 1202).

1232. Le principe de la loi *Anastasiana* n'a point passé dans le Code civil. Le motif s'en comprend aisément. Cette loi, quoiqu'elle voulût poursuivre un but louable, celui de protéger le débiteur contre la cession imprégnée de l'esprit de fraude et de vexation, est une de ces lois qui dépassent leur véritable but et dont la disposition trop générale devient nuisible à l'intérêt du créancier et à l'intérêt du commerce en général. De fait, cette loi rendait impossible le commerce des créances, par conséquent empêchait la circulation des valeurs. C'est ce qui fait que déjà avant le Code la question de savoir si les LL. 22 et 23, C. IV, 35, n'étaient pas abrogées par les mœurs, divisait les auteurs, en France comme dans les provinces belgiques (1), et que personne n'a songé à en conserver les défenses dans la législation nouvelle. Nous pouvons ajouter que le Code civil a agi sagement en ne frappant pas de nullité la cession de la créance litigieuse, et en adoptant seulement pour la cession d'une telle créance la disposition de la loi d'Anastase.

1233. Nous croyons terminer par des explications utiles, ce que nous avons dit de la cession, en la comparant avec quelques actes avec lesquels elle a de l'analogie : la délégation et l'assignation, la cession de biens, la succession, l'arrière-mandat et la sous-location.

Entre la cession et la délégation, il y a ces différences :

1° Que la cession se fait sans le consentement du débiteur cédé, tandis que la délégation proprement dite ne se fait que du consentement du débiteur délégué et du consentement du délégataire.

2° Il suit de là que la cession ne change rien à la créance même et que le cessionnaire ne fait qu'exercer le droit du créancier cédant, tandis que la délégation implique novation, et que le délégataire devient réellement créancier et agit en son propre nom comme créancier, qu'il exerce son propre droit.

3° De là il suit encore que si le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cé-

(1) Bugnyon, *Traité des lois abrogées*, L. 2, sect. 18; — Groenewegen, *De legibus abrogatis et inusitatis Hollandiae* (sur la L. 22); — Stockmans, *Decisiones*, § 135.

dant avant la notification à lui faite, le débiteur délégué au contraire ne peut pas opposer au délégataire les exceptions qu'il eût pu opposer au déléguant; car le délégataire est devenu créancier en son nom, et dès lors il ne peut pas être passible des exceptions que son débiteur pourrait avoir contre le déléguant. Mais du chef de ces exceptions, le débiteur délégué conserve son recours contre le déléguant, à moins qu'il ne soit censé y avoir renoncé en acceptant sciemment la délégation alors qu'il avait connaissance de ces exceptions (1).

Pour les différences entre la cession et la simple assignation, elles se réduisent à ceci : L'assignataire n'est qu'un mandataire que le créancier autorise à percevoir le paiement de son débiteur; la simple assignation n'implique pas même mandat à l'effet de poursuivre le paiement en justice, et quand même le mandat *ad litem* serait joint à l'assignation, comme tout mandat s'exécute aux risques du mandant, le mandataire, l'assignataire ne porterait pas le risque de la solvabilité du débiteur (s'il n'est pas en faute), risque qui incombe au cessionnaire, car le cédant ne doit garantir que l'existence de la dette, nullement la solvabilité du débiteur, tandis que celui qui donne assignation, demeure garant même de la solvabilité. Enfin, celui qui fait cession de créance, celui qui donne une créance en paiement est libéré par la cession; le débiteur qui donne assignation à son créancier n'est libéré que par le paiement que fait l'assigné à l'assignataire : assignation ne vaut pas paiement.

1234. La cession a quelque analogie avec la cession de biens que fait à son créancier le débiteur de bonne foi, insolvable. Cependant, la cession de biens implique condamnation, et si le débiteur paie avant la vente des biens, il rentre dans ses droits. D'un autre côté, le cessionnaire individuellement ne saurait être considéré comme cessionnaire proprement dit, la cession est faite à la masse des créanciers qui constituent ici en quelque sorte une personne morale. C'est pourquoi, si l'un des créanciers est à la fois débiteur et créancier du failli, et si les deux créances

(1) Voyez plus haut les nos 1043 et suivants, et LL. 11 et 13, D. XLVI, 2.

n'étaient pas liquides au moment de la faillite, ce créancier ne pourra pas, en tant qu'il est débiteur du failli, opposer sa créance; il devra payer ce qu'il doit, et pour être couvert de sa créance, il concourra avec les autres créanciers au marc le franc.

1235. La cession a également quelque analogie avec le droit de succession à titre universel; car, bien qu'à vrai dire le cessionnaire ne succède pas dans le lien de l'obligation, bien qu'il ne devienne pas créancier et qu'il n'exerce que le droit du cédant, cependant on peut dire en quelque sorte qu'il succède au cédant, de telle façon cependant que le cédant est envisagé toujours comme étant nanti du droit, tandis que l'héritier qui succède s'identifie parfaitement avec le défunt. D'un autre côté, bien que la règle : « Ce qui n'est pas transmissible aux héritiers, n'est pas cessible, et ce qui est transmissible est cessible, » ait été combattue plus haut (n° 1192), parce qu'elle ne donne pas la solution exacte de la question à résoudre, cependant nous avons fait remarquer qu'il y a entre la transmissibilité aux héritiers et la cessibilité une grande analogie : Les *jura status* intransmissibles aux héritiers, sont incessibles comme inséparables de la personne, et quand il s'agit du *privilegium exigendi*, lorsque ce privilége est transmissible aux héritiers (*privilegium causae*), il est aussi cessible; lorsqu'il est personnel, intransmissible aux héritiers, il est incessible.

1236. Enfin, la cession a de l'analogie avec le sous-mandat et la sous-location. Cependant l'arrière-mandat n'établit aucun rapport légal entre le mandant et le mandataire du mandataire, de même que la sous-location n'établit aucun rapport contractuel entre le *locator* et le sous-locataire. C'est que si les droits se transmettent bien sans le consentement du débiteur, les obligations ne se transmettent pas sans le consentement du créancier; or, le mandat et la location n'engendrent pas seulement des droits pour le mandataire et le locataire, mais aussi des obligations.

FIN DU TROISIÈME ET DERNIER VOLUME DES OBLIGATIONS.

ERRATA.

(Voir le précédent volume, p. 490).

—

OBLIGATIONS. — TOME PREMIER.

Page 86, ligne 16, au lieu de : *art.* 1331, lisez : *art.* 1131.
» 458, ligne 11, lisez : — *Enfin la L.* 127, *D. XLV*, 1, *dit :* Nulla enim intelligitur mora ibi fieri....
» 471, dernière ligne du nº 351, au lieu de *L.* 3, *IV*, 49, lisez : *L.* 3, *C. IV*, 49.

TOME SECOND.

Page 127, à la seconde note, au lieu de : *L.* 23, *C...*, lisez : *L.* 2 *et L.* 3, *C....*
» 265, avant-dernière ligne, au lieu de : *concédée par ce dernier*, lisez : *concédée par celui qui n'était pas propriétaire.*

TOME TROISIÈME.

Page 15, ligne 25, au lieu de *Modestus*, lisez : *Modestin.*
» 349, ligne 27, au lieu de : *l'un des mandataires*, lisez : *l'un des* mandatores.

TABLE DES MATIÈRES.

DES OBLIGATIONS. — SUITE.

De l'Obligation solidaire.

De la Cession des Créances.

FIN DE LA TABLE DU TROISIÈME ET DERNIER VOLUME DES OBLIGATIONS.





